

ATIVISMO JUDICIAL: A CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS E RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

JUDICIAL ACTIVISM: THE CONSTITUTIONALITY OF PRECEDENTS AND RESOLUTIONS OF THE SUPERIOR ELECTORAL COURT

Antonio Carlos Segatto *

Ian Matozo Especiato **

RESUMO

Hodiernamente há um grande ativismo por parte do judiciário, principalmente entre as cortes superiores, versando sobre assuntos diversos, dentro o âmbito de competência de cada tribunal. Um desses importantes órgãos judiciários é o Tribunal Superior de Eleitoral (TSE), que tem prestado grande ajuda para agilização do processo eleitoral e combatido a corrupção, por meio, por exemplo, das resoluções que disciplinam as doações em campanhas de candidatos. As medidas desse tribunal vêm sendo elogiadas pela imprensa e pela própria sociedade, devido sua celeridade e eficiência em disciplinar matérias em que o legislativo é moroso. Entretanto, por vezes, essa emissão de súmulas seria exagerada e inconstitucional, porquanto afrontaria os princípios da legalidade, da divisão de poderes e o próprio devido processo legal. Então, esse se torna o objetivo do presente ensaio, a discussão da constitucionalidade dessas medidas do TSE, a validade das mesmas, a causa de existirem e como elas podem ir de encontro à concretização dos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Corte; Eleitoral; Normativa; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Nowadays there is a big activism on the part of the judiciary, mainly between the upper courts on various subjects within the scope of jurisdiction of each court. One of these important judicial organs is the Superior Electoral Court (TSE), which has provided great help in facilitating the electoral process and fought corruption, through, for example, of the resolutions that govern donations in candidate campaigns. These measures of this Court have been praised by the press and by society itself, due to its speed and efficiency in matters in which the disciplinary legislation is lengthy. However, sometimes, this issue of precedents would be excessive and unconstitutional, because would violate the principles of legality, of division of powers and due process of law. So, this becomes the purpose of this test, the

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). É Professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Líder do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC) regularmente inscrito no diretório de grupos de pesquisa do CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: novos direitos e direitos fundamentais, garantias constitucionais, efetividade da jurisdição e controle de constitucionalidade.

** Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM), monitor do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC), o qual tem como linha de pesquisa a Eficácia dos Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade.

discussion of the constitutionality of the measures of the TSE, the validity of the same, the cause there are and how they going towards the realization of Fundamental Rights.

KEYWORDS: Court; Electoral; Normative; Unconstitutional.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento das ideias iluministas surge no seu seio um pensador, que contribuiu, significativamente, para o âmbito da Ciência do Direito, o seu nome: Charles-louis de Secondat, barão de Montesquieu. Suas ideias eram vanguardistas para seu tempo, idealizava a separação das três esferas de poder do estado: legislativo, executivo e judiciário. Imaginava o desaparecimento do judiciário arbitrário da França, o qual era dominado pela nobreza e subsistia à revelia desta, interpretando as leis com alto grau de discricionariedade, assumindo a função do legislador positivo. Visualizava o sistema político britânico como o ideal, devido à independência das funções estatais.²

Em terras brasileiras, a partir do processo de independência, os constituintes republicanos consagraram uma República Federativa, a qual passou por dois grandes períodos turbulentos, que abalaram as instituições democráticas: o Estado Novo – 1937 a 1945- e o Golpe de 64, que inaugurou o regime militar ditatorial.

As ideias do pensador francês ainda perduram, uma vez que a própria Carta Magna nacional reconhece a divisão dos poderes estatais, em seu artigo 2º, em que determina que eles devam ser “independentes e harmônicos entre si”. Todavia, tornou-se recorrente, em sede pátria, a edição de resoluções e súmulas, com força de lei, por parte do poder judiciário em face da omissão e morosidade do legislativo. Como exemplo, podem-se nominar as resoluções do TSE (Tribunal Superior Eleitoral) ao disciplinar sobre o numero de vereadores, processo eleitoral, inelegibilidade, corrupção, doações para campanhas, dentre outras matérias.

² Esse filósofo objetivava a salvaguarda da liberdade individual, para tanto, formulou o princípio da separação de poderes do Estado, que se constitui como vetor constitucional de maior relevância no período liberalista. Ainda, em sua época, a liberdade política foi fundamento de uma única Carta Política: a Constituição da Inglaterra, desse modo se propõe a estudar os mandamentos de otimização por meio dos quais a liberdade é garantida no sistema inglês. AUGUSTO, Natália Figueiroa; DOURADO, Edvânia A. Nogueira; ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa. Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro. In: V CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA, 2011, Maringá. **Anais online do V Congresso Internacional de História.** p. 2638-2649. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>. Acesso em: 02 de fev. 2012.

Entretanto, questiona-se a constitucionalidade dessas resoluções, em face da ingerência do poder judiciário em questões de competência do legislativo, em total violação ao princípio da separação dos poderes, consagrado na Constituição Federal.

Dessa forma, esse presente ensaio tentará responder as indagações quanto à inconstitucionalidade das resoluções e súmulas editadas pelo TSE, questionando-se, ainda, a possibilidade de violação do princípio da separação dos poderes estatais.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA E TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)

Por mais elitista que fora a Revolução de 1930, por possuir como objetivo central o desmantelamento político do regime denominado “café com leite”, ou melhor, o regime do “café”, visto que o candidato à sucessão do presidente Washington Luís seria Júlio Prestes (paulista), havia nela certo cunho de moralização do sistema eleitoral. Por essa razão, um dos atos primeiros do “governo provisório” foi a criação de uma comissão de reforma eleitoral, cujos trabalhos resultaram na elaboração do primeiro Código Eleitoral do Brasil, instituído pelo Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.³

O referido código criou a Justiça eleitoral que ficou responsável, dentre outros assuntos, pelo alistamento, organização das mesas de votação, apuração dos votos, reconhecimento e proclamação dos eleitos, bem como pela regulamentação do pleito eleitoral nas três esferas da federação.

Em 1935, devido às críticas ao código de 1932, houve à promulgação do segundo Código Eleitoral, com o surgimento da Lei nº 48⁴. Posteriormente, em 1937, a Constituição do Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas, extinguiu a Justiça Eleitoral e atribuiu privativamente à União o poder de legislar sobre matéria eleitoral⁵.

³ José Carlos Francisco, explanando sobre a história dos partidos políticos, comenta: “A Revolução de 1930 e a Segunda República (1930-1945) e, especialmente, o Decreto no 21.076/32 regularam eleições e dispuseram sobre a existência jurídica dos partidos e sobre seus funcionamentos, prevendo partidos permanentes. (com personalidade jurídica nos termos do artigo 18 do Código Civil da época) e partidos provisórios (formados transitoriamente à véspera dos pleitos, apenas para disputá-los).” FRANCISCO, José Carlos. Traços históricos dos partidos políticos: do surgimento até a segunda era da modernidade. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 5, n.º 1, p. 79-86, jan./abr. 2010. p. 81-82.

⁴TRE/RN. **História da Justiça Eleitoral**. Disponível em: <http://www.tre-rn.gov.br/nova/inicial/links_especiais/centro_de_memoria/artigos/historia_justicaeleitoral.htm> . Acesso em: 2 de jul., 2010

⁵ TSE. **Institucional: História do TSE**. Disponível em: <http://tse.gov.br/internet/institucional/o_tse.htm>. Acesso em: 2 de jul., 2010.

Getúlio Vargas, pressionado pela oposição dos intelectuais, estudantes, religiosos e empresários, fez editar a Lei Constitucional nº 9/45, que modificou vários artigos da Constituição, inclusive os que tratavam dos pleitos. Já o Decreto-Lei 7.586, de maio de 1945, restabeleceu a Justiça Eleitoral, bem como o Tribunal Superior Eleitoral.⁶

O processo de restabelecimento do sistema democrático no Brasil inicia-se ainda no final do Estado Novo e é consolidado durante o governo Dutra. Com a redemocratização em andamento, a Justiça Eleitoral reinstala-se com a posse do presidente Eurico Gaspar Dutra e com ele veio a Assembléia Nacional Constituinte de 1945, resultando na Constituição de 18 de setembro de 1946, e esta, por sua vez, consagra a Justiça Eleitoral entre os órgãos do poder judiciário.

Após a quadra denominada de “terceira república” por José Carlos Francisco, período compreendido entre 1945 à 1964, dá-se início a “quarta república” – regime militar -, segundo o autor a mesma:

[...] foi marcada por modificações no sistema partidário promovidas pelo AI no 2, de outubro de 1965 (p. ex., adotando a fidelidade partidária, sob pena de perda de mandato) e pela atuação da Arena (Aliança Renovadora Nacional) e do MDB (Movimento Democrático Brasileiro), que seguiram na vida política até a Lei no 6.767/79, que reformulou vários dispositivos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos para dar liberdade na criação de partidos, o que se refletiu no atual sistema constitucional e legal, marcada pela pluralidade e ampla existência de partidos constituídos como instituições privadas e registradas na Justiça Eleitoral.⁷

A Justiça Eleitoral, bem como seu tribunal máximo, sobreviveu ao regime ditatorial instituído pelo golpe político de 1964, sendo reafirmada no capítulo III – Do Poder Judiciário – arts. 92, 119, 118, 120, 121, da atual Constituição Federal, promulgada em 1988, como um dos órgãos essenciais à justiça.⁸

Nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição Federal nota-se um alargamento do ativismo judicial por parte da corte eleitoral. As questões controversas,

⁶ Em abril de 1960 com a mudança da capital federal para Brasília foi o TSE instalado em um dos edifícios da Esplanada dos Ministérios. Já no ano de 1971, a sede do Tribunal foi transferida para a Praça dos Tribunais Superiores, onde permanece até hoje (TSE, 2010).

⁷ FRANCISCO, José Carlos. op. cit. p. 82.

⁸ Não confundir com funções essenciais à justiça, próximo capítulo da Carta Magna de 1988. Usa-se a expressão “órgão essencial à justiça” por se entender que a Justiça Eleitoral é indispensável à democracia, e que sem esta não há propriamente um Estado de Direito, muito menos justiça, tida aqui como um ideal.

chamadas ou consideradas casos difíceis⁹, que pendem do conflito de comandos normativos ou ainda não normatizados pelo legislador são sumulados e ganham validade quase normativa, sendo que a própria decisão do TSE tem caráter definitivo, irrecorrível, excetuando-se as que contrariem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* e mandado de segurança (art. 121, § 3º, CF). De acordo com Luís Roberto Barroso: “Mesmo nesses casos excepcionais, a revisão só pode se dar por recurso específico – recurso extraordinário e recurso ordinário – nunca por mandado de segurança ordinário (102, I, d, CF)”¹⁰.

O ativismo do TSE, principalmente em períodos eleitorais é tão intenso, que por vezes se assemelha aos precedentes anglo-saxões, ao direito costumeiro, baseado em construções jurisprudenciais (p. ex. sistema jurídico norte-americano). Em contrapartida, isso não se constitui propriamente em novidade visto que o fenômeno de commonlawlização do *civil law*, sistema precipuaemente baseado no Direito escrito adotado em sede pátria, é recorrente nos tribunais brasileiros, com ainda mais magnitude após a reforma do judiciário em 2004 conforme a Emenda Constitucional nº 45, que criou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Antes da instituição do sistema de súmulas com caráter vinculante pela emenda Constitucional nº 45/2004, a jurisprudência era tida como fonte secundária ou mediata do direito. Todavia, a partir da retro-mencionada emenda, permitiu-se a aprovação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de súmulas com conteúdo vinculante aos demais órgãos do poder judiciário¹¹.

Segundo Eneida Desiree Salgado, em sua tese de doutorado acerca dos princípios estruturantes deste ramo jurídico:

⁹ De acordo com Lenio Luiz Streck, a ampla liberdade interpretativa tem suas raízes no positivismo, tanto no decisionismo Kelseniano, quanto na discricionariedade admitida por Hart na solução dos “casos difíceis”, como se pode extrair do trecho: “A (histórica) discricionariedade positivista – embora (historicamente) “limitada” pelo ordenamento jurídico – tem proporcionado uma espécie de “mundo da natureza hermenêutico”, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Herbert Hart para a resolução dos hard cases), onde, no fundo, queiramos ou não, cada juiz decide como quer (arbitrariamente), de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), mesmo porque esses “limites” do ordenamento são limites semânticos, os quais jamais foram obstáculo para as pretensões positivistas, bastando, para tanto, um exame da incontável quantidade de súmulas (para falar apenas nesse tipo de *prêt-à-porter* contra-*legem* e/ou inconstitucionais.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes”*. **Anima – revista eletrônica do curso de Direito da OPET**, Curitiba, 1 ed., v. 1, p. 383-413. 2009. p. 390.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 601.

¹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. v. 1. São Paulo: Atlas. 2011, *passim*.

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*.¹²

O questionamento central gira ao redor dos limites do ativismo da Corte Eleitoral, de questionamentos tais como: a emissão desenfreada de súmulas e resoluções é constitucional? Pode o magistrado assumir o papel de legislador diante de questões até então não normatizadas pelos parlamentares sem o sacrifício do princípio da independência harmônica dos três poderes da república? E quando as dúvidas levadas ao TSE forem acerca da efetivação de Direitos Fundamentais, não seria dever dos togados dessa corte estabelecerem condições para efetivação desses direitos essenciais? Quais princípios constitucionais eleitorais que devem ser observados quando os magistrados proferem as decisões ou sumulam uma questão jurídica? Esses questionamentos serão devidamente debatidos a seguir.

3 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DAS SÚMULAS ELEITORAIS

René David agrupou em quatro categorias básicas os direitos da contemporaneidade, sendo que a primeira seria composta por aqueles ligados à tradição romano-germânica ao direito continental codificado, conhecido como *civil law*. Já a segunda classe de direitos estaria ligada aos precedentes judiciais anglo-saxônicos, também chamado de *common law*. Pode-se dizer que a terceira, qual seja, a vinculada dos “direitos socialistas”, não se avulta quanto ao estudo do instituto “súmula”. A quarta seria composta por outra (s) acepção(s) da ordem social e jurídica (direito muçulmano, hindu, entre outros).¹³

O sistema jurídico brasileiro optou por adotar o aparato romano germânico, influenciado pela Europa continental. O chamado *civil Law*, ou modelo codificado, atende tanto ao pensamento indutivo quanto ao dedutivo, porquanto estabelece premissas normativas obtendo conclusões por processos lógicos conduzindo-se, assim, a formulação de normas gerais organizadoras.

¹² SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Tese, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2010, p. 1.

¹³ DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 17. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17.

Já o sistema da *common law*, do qual deriva, em parte, o instituto da súmula, apóia-se em precedentes judiciais, do chamado *stare decisis*¹⁴, o caso já decidido, sendo que a decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento de uma direção a ser seguida nos casos posteriormente julgados. Passa-se o precedente a ser fonte do direito, ganhando força normativa.

Acerca da evolução do “direito sumular” no Brasil, pode-se dizer que no período colonial as Ordenações Afonsinas não conheceram tal instituto. A partir das Ordenações Manuelinas com o aparecimento dos *assentos*¹⁵, da Casa de Suplicação, a decisão dos juízes, que extinguiu a dúvida jurídica levada ao conhecimento da referida casa, formulava uma proposição normativa.¹⁶

A Constituição da República de 1891 extinguiu a prática de *assentos*. Sendo instituída, apenas em 1963, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, por meio de emenda regimental. A justificativa dada seria que a emissão de súmulas distinguiria a jurisprudência firme, daquela que se achava em vias de fixação e também por razões pragmáticas, inspiradas pelo princípio da igualdade. Por essa razão, pleitos iguais, em um mesmo contexto histórico social, não poderiam ter decisões contrárias, logo, o leigo não a compreenderia, o que fatalmente conduziria a sociedade à desconfiança do sistema jurídico o que de fato poderia causar uma instabilidade política-institucional.

¹⁴ De acordo com Matheus Barreto Gomes o *stare decisis* seria a vinculação das decisões judiciais aos precedentes jurisprudenciais que dispõe sobre o mesmo tema, ainda “(...) a teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis te non quieta movere*) que significa: “mantenha-se a decisão, não se moleste o que foi decidido, característica marcante do *common law*, vem ganhando força nos sistemas jurídicos filiados à família do *civil Law* e, portanto, influenciando os contornos do ordenamento jurídico pátrio (...) é preciso ter em conta que a ideia de que a regra do *stare decisis* é peculiar à família do *common law* é errônea, haja vista tratar-se de um conceito lógico-jurídico e, portanto, aplicável a qualquer ordenamento jurídico – ao menos os ordenamentos jurídicos ocidentais.” GOMES, Matheus Barreto. **Precedentes Judiciais: legitimação pelo procedimento**. Dissertação, programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador/ BA, 2009, p. 48-50..

¹⁵ MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 15- 16.

¹⁶ Segundo o Arquivo Edgard Leuenroth – Centro de Pesquisa e Documentação Social (UNICAMP) “A Casa da Suplicação do Brasil foi criada após a transferência da Corte portuguesa para o Brasil pelo alvará de 10 de maio de 1808, em substituição a Relação do Rio de Janeiro (1751-1808), órgão que tinha sobre sua jurisdição as capitanias do Sul e Minas Gerais. Suas atribuições judiciais eram as de julgar em última instância todos os agravos ordinários e apelações oriundas das Ilhas da Madeira e Açores, como também das províncias do Pará, Maranhão, e da Relação da Bahia. Suas funções legislativas eram as de tomar providências quanto às ordenações do Reino, a sanção de Leis, Decretos e Assentos. Segundo a obra Organização Judiciária Brasileira, “Não existe nenhum diploma legal determinando a extinção da Casa da Suplicação.”. Mas na lei de 22 de setembro de 1828, que extingue os Tribunais das Mesas do Desembargado do Paço e da Consciência e Ordens, fica claro, que as funções atribuídas à Casa da Suplicação do Brasil foram paulatinamente absorvidas pelas Relações e pelo Superior Tribunal de Justiça”. AEL, INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIENCIAS HUMANAS – UNICAMP. **A Casa da Suplicação**. Disponível em: <http://segall.ifch.unicamp.br/site_ael/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=90>. Acesso em: 10 de abr. 2011.

Por seu turno, as súmulas do TSE não possuem caráter vinculante, porque esse instrumento - sumula vinculante – é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo que esse enunciado produz efeitos de vinculação para os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública. A jurisprudência sumulada do TSE representa, em verdade, súmulas de caráter persuasivo, que apesar de não vincularem os órgãos judiciários inferiores, apresentam o entendimento pacificado do tribunal sobre a matéria, na medida em que seu impacto é processual e indicativo, o que leva a persuasão dos demais órgãos judiciais eleitorais a no sentido de decidirem da mesma forma.

4 RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Além de legislar através de seus julgados, a corte eleitoral tem competência de emitir resoluções normativas periódicas (em anos eleitorais – a cada biênio), para a fiel consecução das eleições, o que implica afirmar não ser ele somente um órgão jurisdicional, atuando como um verdadeiro *Leviatã* devido à cumulação de poderes – executivo (toma as providências cabíveis para a execução das eleições), legislativo (emite resoluções normativas) e judiciário (julga lides).¹⁷

Essa prerrogativa, quase administrativa, do TSE é dada pela redação do artigo 23 do Código Eleitoral (Lei. 4.737/ 1965), que em seu inciso IX prescreve ser da competência privativa, deste tribunal, expedir quaisquer instruções que sejam convincentes a execução desse mesmo código.¹⁸

¹⁷ Explanando sobre ativismo judicial, Rafael da Silveira Petracioli comenta que “as causas principais que geram e justificam o fenômeno, mesmo distintas, deságuam inevitavelmente na falibilidade dos outros poderes em atender às demandas sociais hodiernas. E tais impossibilidades decorrem da mesma crise institucional mencionada, criando um ciclo vicioso que parece impassível de interrupção. A própria inércia ou insuficiência de atuação dos outros poderes gera ainda mais inércia e insuficiência, e assim tendem ad infinitum. É bem verdade que o modelo é perigoso, tentador a quem o utiliza, posto que está a colocar o Judiciário como protagonista absoluto da cena republicana. Seria de se pensar num absolutismo às avessas, onde órgãos apolíticos assumiriam a face do Leviatã de Hobbes. Também é fato que o fenômeno é altamente passível de críticas, algumas delas coerentes, que apontam tanto para a periculosidade comentada quanto para a desconfiguração do sistema republicano”. PETRACIOLI, Rafael da Silveira. **Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13579/ativismo-judicial-democracia-e-direito-eleitoral>>. Acesso em 11 ago. 2010.

¹⁸ Interessante salientar que para Hans Kelsen a lacuna no processo eleitoral, p. ex., seria técnica, sendo assim admitida mesmo por aqueles que, partindo de análise positivista, rejeitam à existência de lacunas próprias, ou seja, brechas no Direito. Nas palavras do referido autor: “Ao lado das lacunas próprias costumam distinguir-se as lacunas técnicas, que são consideradas possíveis mesmo por aqueles que, de um ângulo de visão positivista, negam a existência de lacunas próprias. Uma tal lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normar algo que deveria ter normado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei [...] O órgão encarregado de realizar a eleição pode determinar o processo de eleição como bem entenda. A determinação do

Antes da reforma eleitoral em 2009, o artigo 105 da Lei 9.504/1997 atribuía considerável discricionariedade ao tribunal, no sentido de que, não impunha restrições quanto aos critérios para emissão de resoluções - por vezes até contraditórias em se tratando de resoluções de dois pleitos próximos - como se verifica na redação anterior desse artigo.¹⁹

A reforma eleitoral, empreendida pela Lei 12.034/ 2009, trouxe como principal propósito, o de refrear o ativismo judicial da corte eleitoral, desse modo, o artigo 105, da Lei Eleitoral 9.504/1997, adquiriu nova redação.

O novo dispositivo denota a clara intenção dos parlamentares, de reduzirem a atuação do TSE, nesse quesito. O legislador derogou a expressão “expedirá” e acrescentou a seguinte redação ao artigo 105, *in verbis*: “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” (grifo nosso).

Anteriormente, o tribunal poderia adotar quaisquer providências que acreditasse serem necessárias para a fiel execução da Lei 9.504/97 e, por conseguinte, das eleições, sendo assim, sua discricionariedade era significativa, e ainda mais, arbitrária, visto que poderia criar resoluções com alto grau de arbitrariedade, vez que não possuía limitação na lei infraconstitucional. Logicamente, a eventual inconstitucionalidade poderia ser argüida em sede de uma das ações de inconstitucionalidade que a Constituição dispõe, até ser levada por meio de recurso extraordinário para apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a atual redação restringe o âmbito do protagonismo judicial, por mencionar expressamente, que a atuação deverá atender ao caráter regulamentar, o que implica na impossibilidade de estreitar direitos - não deve arvorar a si a função normatizadora, criadora do direito, que compete ao legislador – e muito menos estabelecer sanções sem que sejam aquelas cominadas pela própria lei.

Rafael da Silveira Petracioli, explanando acerca da função regulamentadora do TSE diz que:

A utilidade das resoluções pretórias deveria ser encarada sob a impossibilidade de se editarem novas leis a cada eleição, o que ocorre a cada biênio. Portanto, prestam-se estes atos normativos a complementar os textos das leis eleitorais, e, nesta missão, não é razoável a normatização contra

processo eleitoral é deixada a uma norma de escalão inferior”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 174.

legem ou ultra legem. Entretanto, não é assim que se apresenta a realidade. No plano atual, a corte máxima eleitoral abusa do poder normativo que lhe foi cedido, incluindo em suas resoluções preceitos sequer esboçado nas leis pertinentes: cria prazos, normatiza sanções, inova institutos jurídicos.²⁰

Essa nova redação do artigo 105 tem como objetivo harmonizar as resoluções eleitorais por vezes contraditórias, e coibir a normatização *contra legem* ou *ultra legem*. Não é dado a corte eleitoral abusar do poder, de certa forma normatizador que lhe é conferido. Em face do princípio do devido processo legal, somente ao legislador é dado criar a lei. Usurpando a função legislativa o tribunal estaria ferindo não só esse princípio constitucional, como também o princípio da independência harmônica dos poderes da República.

5 A QUESTÃO HERMENÊUTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Com a ruína do método exegeta, o juiz passa a não apenas adequar a norma ao caso, fazendo subsunção²¹, mas sim adquire a prerrogativa de buscar os objetivos da norma, de interpretá-la de uma forma mais teleológica, não cabendo a ele somente declarar o conteúdo desta. Dessa forma surge o receio, em parte da doutrina jurídica, sobre os limites da interpretação do magistrado, ou seja, a barreira que proporcionará segurança jurídica ante as construções jurisprudências, como as sumulas vinculantes – prerrogativas do Supremo Tribunal Federal, que possuem uma quase força normativa e atribuem grande discricionariedade aos magistrados na interpretação da lei.

As Constituições anteriores a 1988, viviam relegadas a planos secundários, vistas como algo de diminuta normatividade, em face da baixa densidade constitucional vivenciada pelo sistema jurídico pátrio, recheadas de programas que atribuíam ao legislador a função de dar efetividade aos objetivos contidos em seu texto, o que não se concretizava diante da omissão legislativa.

¹⁹ Antiga redação do Art. 105, Lei 9.504/97. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.

²⁰ PETRACIOLI, Rafael da Silveira. **A minirreforma eleitoral e o ativismo judicial do TSE**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13654/a-minirreforma-eleitoral-e-o-ativismo-judicial-do-tse>> . Acesso em 11 ago. 2010.

²¹ Matheus Barreto Gomes, afirma que há algum tempo atrás, não muito, predominava na mentalidade dos juristas que o “Direito era o mesmo que retirar o verdadeiro sentido e o real alcance da lei”, dessa forma “O juiz não podia desobedecer à letra da lei sob pretexto de penetrar em seu espírito; os códigos – afirmavam – nada deixavam ao arbítrio do interprete, este já não tinha por missão fazer o Direito, pois o Direito já estava feito.” GOMES, Matheus Barreto. op. cit., p. 113.

A Carta Magna de 1988, no entanto, representa uma quebra de paradigma, na medida em que adquiriu força normativa, tanto em seus princípios quanto em suas regras, e condiciona toda a legislação inferior, e também a hermenêutica dos magistrados que a ela devem se vincular. Entretanto, mesmo o atual texto constitucional, que é dirigente, tende a não se concretizar em face da história e costumes dos tribunais brasileiros.

Segundo Lenio Luiz Streck:

[...] é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção à invenção contra majoritária: a jurisdição constitucional, que no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.²²

Ante ao ativismo judicial surge um obstáculo hermenêutico, qual seja, toda a resposta dada ao caso concreto, tem que se ajustar, ou melhor, buscar fundamento de validade na Constituição Federal. A decisão jurisprudencial necessita conter justificação que a legitime em um Estado democrático de Direito que prima pelos direitos fundamentais. O juiz, num primeiro momento, tem que compreender os objetivos e o sentido do texto constitucional, para depois proceder à interpretação e aplicação da norma, a fim de que sua decisão não venha a ser baseada na subjetividade, o que levaria a arbitrariedade.

Percebe-se, desta forma, que há carência de se limitar o poder hermenêutico do juiz, quando se verifica o decréscimo da liberdade de conformação do legislativo, em prejuízo do aumento do ativismo judicial, principalmente da justiça constitucional (que possui súmulas que vinculam os tribunais inferiores). Esse imperativo de limitação pode ser suprido pela interpretação e aplicação da norma ancorada na Constituição Federal, que é compromissória e dirigente, e confere, ao cidadão, o direito fundamental de obter uma resposta do poder judiciário adequada a ela.

Em sede da corte eleitoral, apesar de não possuir um instituto que tenha força de lei (como o STF – súmula vinculante), o TSE acumula funções das três esferas de poder,

²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermeneutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

relativamente reduzido pela reforma de 2009, emitindo resoluções que condicionam as eleições que, por sua vez, vinculam-se a um direito fundamental, mais precisamente, o direito a votar e ser votado e, genericamente, o direito à democracia.

5.1 O Ativismo Judicial e a Jurisdição Eleitoral

A onda de “commonlawlização”- aproximação com o sistema do direito costumeiro, não escrito - nos tribunais brasileiros, principalmente nas cortes superiores, não se constitui propriamente em novidade para os pesquisadores do direito. Denota-se um grande ativismo judicial quando o legislador se faz silente nas questões que deveria regular, passando o magistrado a atuar como regulamentador, ou melhor, colmatador de lacunas do sistema jurídico. Isso não se faz diferente na atuação da corte eleitoral, que excede sua função de colmatar a legislação para efetivamente criá-la, emitindo resoluções, por vezes, *contra ou ultra legem* e “legislando” por meio de seus julgados.

Com o neoconstitucionalismo, não se espera mais que o juiz seja “a boca da lei” como dantes almejavam os positivistas, o ativismo judicial, principalmente em um órgão indispensável à democracia, como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), tem vital importância, no sentido de que coíbe com mais efetividade os abusos eleitorais, tais como captação ilícita de eleitores e abuso de poder econômico, do que efetivamente faz o legislador pátrio.

Em se tratando de legislação eleitoral, os parlamentares são extremamente corporativos, como se verifica na pequena reforma efetivada pela Lei 12.034/09, que apesar de restringir a competência do corte eleitoral, refreando a atuação intensa desta, pouco se tratou dos financiamentos privados das campanhas e nem se chegou a cogitar a implantação de um sistema de financiamento somente público dos pleitos. Ao contrário, as instituições que não poderiam doar aos candidatos estão protegidas pelo anonimato da doação, que não é feita propriamente ao candidato, mas sim ao partido, constituindo-se em doação indireta, já que este repassará a quantia àquele.

Dessa forma, o protagonismo judicial do TSE se faz necessário, na medida em que se coíbe praticas eleitorais desleais, e inova, moderniza a legislação eleitoral, tão oprimida quanto a real necessidade de reforma eleitoral. Todavia, há que se combater a chamada “ditadura da toga”²³ quando o tribunal possui tanto poder, que acaba por eclipsar as outras instâncias governamentais – legislativo e executivo.

²³ Sobre a mais contundente objeção contra a criação jurisprudencial do direito, qual seja, a legitimação democrática do mesmo, o italiano Mauro Cappelletti: “Essa taciturna admoestação [crítica de Lord Develin ao

Desse modo, percebe-se que há o imperativo de respeito aos princípios estruturantes do direito eleitoral, tais como:

O princípio constitucional da autenticidade eleitoral, o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato eletivo, o princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas, o princípio constitucional da máxima igualdade na disputa eleitoral e o princípio constitucional da legalidade específica em matéria eleitoral.²⁴

Como consagra a própria Constituição da República, as decisões dos magistrados são livres, mas têm de ser fundamentadas.²⁵ Essa fundamentação advém da própria Constituição, não se deseja um magistrado exegeta, mas aquele que esteja comprometido com as promessas de modernidade da Constituição, com o modelo de sociedade que ela dispõe. Um julgador que atue na concretização de direitos sociais sempre respeitando defendendo e efetivando os ditames constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ditadura gera um temor natural aos nacionais, ainda mais quando já se passaram grandes períodos de República, como é o caso do Brasil, sob julgo de regimes autoritários, como a Era Vargas (que teve fim em 1945) e o regime militar (cujos resquícios só foram deixados para trás, de fato, com o advento da atual Constituição em 1988). De igual modo, a ditadura dos togados, magistrados, é também temível.

Há que se considerar que os ministros do TSE, ou quaisquer juízes, não devem tomar decisões sem que elas sejam fundamentadas na Constituição, visando, sempre uma correta fundamentação a Direitos Fundamentais. Dessa forma, além de se estar preservando o Estado

Direito Jurisprudencial] não pode ser considerada como ligeireza; muito menos no caso do ativismo judiciário desenvolvido no âmbito do controle judiciário das leis, em que a criatividade do juiz pode se considerar não apenas como a “desviação” da estrada principal do “processo legislativo”, mas sem hesitação como “obstáculo” ao livre curso do mesmo. E certamente reconhece-se que até um judiciário inicialmente dedicado à proteção da liberdade dos cidadãos, pode terminar, malgrado seu, por se transformar em instrumento de tirania, se privado por longo tempo de legitimação democrática”. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 94.

²⁴ SALGADO. Eneida Desiree. op. cit., p. 4.

²⁵ Art. 93, inciso IX, Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Democrático de Direito, estar-se-á, também, privilegiando a segurança jurídica, a harmonia das decisões, que devem seguir uma regularidade para que a população tenha maior fé no poder judiciário.

A corte eleitoral, de dois em dois anos, acumula um pouco de cada poder da República, porquanto emite resoluções normativas, com força de lei dentro de seu âmbito de aplicação, dá providências cabíveis para o fiel cumprimento dos pleitos, função executória, e julga as lides provenientes de matéria eleitoral, que chegam por via recursal. Então, é de se esperar que haja uma limitação em todo esse poder. Essa restrição se deu com o advento da lei Lei 12.034/2009, que visou diminuir o protagonismo judicial principalmente *contra e ultra legem* ou que retirasse direitos.

As resoluções desse tribunal não são inconstitucionais na medida em que seguem uma regularidade, respeitando princípios constitucionais-eleitorais, e tendo como limite os Direitos Fundamentais ligados à democracia. Já as súmulas do TSE, surgem com intuito de criar certa regularidade nas decisões da justiça eleitoral como um todo. Não possuem caráter vinculante, somente persuasivo, isso implica em dizer que a decisão do magistrado inferior, que contrarie a súmula da corte eleitoral, não será reformada somente em virtude disso. Se ela possuir correta fundamentação em Direitos Fundamentais, poderá ser válida assim mesmo.

É função do próprio TSE o resguardo na democracia, a manutenção desta e a moralidade dos pleitos. Por vezes o legislador é moroso em regulamentar direitos essenciais à população, e quando estiver debaixo da competência desse tribunal a efetivação de Direito Fundamental, como a representação obrigatória das minorias no debate público e nas instituições políticas, faz-se imperioso que ele o efetive, que crie possibilidades, seja através de resoluções eleitorais ou da fixação firme da jurisprudência para que o direito do cidadão de aplicação imediata seja respeitado. Em um país, vítima de tantas ondas de corrupção (que já não causam tanto espanto em seus nacionais) como é o Brasil, é necessário um ativismo judicial eleitoral um tanto quanto enérgico, sempre limitado pelos ditames constitucionais e nunca diminuindo direitos dos cidadãos sem que antes haja o devido processo legal ou regular recurso judicial.

REFERÊNCIAS

AEL, INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIENCIAS HUMANAS – UNICAMP. **A Casa da Suplicação**. Disponível em: <http://segall.ifch.unicamp.br/site_ael/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=90>. Acesso em: 10 de abr. 2011.

AUGUSTO, Natália Figueiroa; DOURADO, Edvânia A. Nogueira; ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa. Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro. In: V CONGRESSO INTERNACIONAL DE HISTÓRIA, 2011, Maringá. **Anais online do V Congresso Internacional de História**. p. 2638-2649. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/213.pdf>. Acesso em: 02 de fev. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível _____ em: _____ < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em 28, set., 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

GOMES, Matheus Barreto. **Precedentes Judiciais: legitimação pelo procedimento**. Dissertação, programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador/ BA, 2009.

DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 17. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANCISCO, José Carlos. Traços históricos dos partidos políticos: do surgimento até a segunda era da modernidade. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 5, n.º 1, p. 79-86, jan./abr. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. ed. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2004.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. v. 1. São Paulo: Atlas. 2011.

PETRACIOLI, Rafael da Silveira. **Ativismo judicial, democracia e Direito Eleitoral**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13579/ativismo-judicial-democracia-e-direito-eleitoral>>. Acesso em 11 ago. 2010.

_____, Rafael da Silveira. **A minirreforma eleitoral e o ativismo judicial do TSE**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13654/a-minirreforma-eleitoral-e-o-ativismo-judicial-do-tse>>. Acesso em 11 ago. 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. Tese, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes”. **Anima – revista eletrônica do curso de Direito da OPET**, Curitiba, 1 ed., v. 1, p. 383-413. 2009

_____. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

TRE/RN. **História da Justiça Eleitoral**. Disponível em:<http://www.tre-rn.gov.br/nova/inicial/links_especiais/centro_de_memoria/artigos/historia_justicaeleitoral.htm>. Acesso em: 2 de jul., 2010.

TSE. **Institucional: História do TSE**. Disponível em: <http://tse.gov.br/internet/institucional/o_tse.htm>. Acesso em: 2 de jul., 2010.