



ISSN 2447-9403

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO

REVISTA

DEM

---

VOLUME 5 • 2019



Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso

TRE-MT

# ATIVISMO JUDICIAL E JUSTIÇA ELEITORAL

Rodrigo López Zilio<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo analisa a prática do ativismo judicial na Justiça Eleitoral. Para tanto, inicia por diferenciar o ativismo judicial do fenômeno da judicialização do processo na jurisdição constitucional e, na sequência, analisa a existência de ativismo judicial no Estado Democrático de Direito. Após, centra-se em pontuar alguns aspectos vinculados à atuação da Justiça Eleitoral. A partir da análise de decisões proferidas pela Justiça Eleitoral, seja na forma de resposta à consulta ou mesmo na edição de resolução, questiona-se o limite de atuação desse órgão do Poder Judiciário, ainda que a pretexto de proteção da normalidade e legitimidade do processo eleitoral.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Ativismo judicial 2. Consulta  
3. Justiça Eleitoral 4. Resolução  
5. Poder regulamentar

## 1 Introdução

A opção por um Estado Democrático de Direito fundada em uma Constituição com forte carga axiológica e dotada de uma plêiade de direitos fundamentais redundou em uma judicialização da política, ou seja, as decisões sobre matérias sensíveis e caras ao regime republicano passam a ter no Poder Judiciário o *locus* final de deliberação, havendo uma espécie de transferência na arena do poder decisional – fato que é (ou deve ser) reputado contingencial. A partir

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça, professor de Direito Eleitoral, mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail. rlzilio@mprs.mp.br.

desse desenho entabulado pela Carta Política de 1988, é lícito reconhecer que o Poder Judiciário passa a exercer uma “atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente – e postos na Constituição – têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais” (STRECK, 2014, p. 178), conquanto esse agir deva encontrar um limite claro na própria Constituição Federal.

A relevância da atuação da jurisdição constitucional é bem delineada por Luís Roberto Barroso (2013, p. 238), quando observa que “o grande papel de um tribunal constitucional” é “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático” A defesa da importância da atuação da jurisdição constitucional é compartilhada por Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 159). os quais ressalvam, porém, que “a jurisdição constitucional não é e não deve ser concebida como a protagonista da narrativa constitucional da Nação”, já que a “Constituição é interpretada e concretizada também fora das cortes”.

De qualquer modo, instado a responder por demandas de grande complexidade social ou política (os denominados *hard cases*), o Poder Judiciário dá respostas que tangenciam ou, por vezes, ultrapassam o limite da separação dos poderes. Quando as decisões judiciais terminam por invadir matéria que é de estrita competência dos Poderes Executivo ou Legislativo, o Judiciário é acusado de promover um ativismo judicial. Ainda que tanto a judicialização da política como o ativismo judicial denotem uma ideia de um acentuado grau de judicialização no ordenamento jurídico, Tassinari (2013, p. 24-37) pontua relevantes distinções entre esses fenômenos: a judicialização da política possui relação com uma “questão social” e é “derivada de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição” (amplo reconhecimento de direitos; ineficiência estatal na implementação desses direitos; aumento de litigiosidade) e sua diminuição não depende apenas do Poder Judiciário, mas também de comprometimento dos demais poderes constituídos; o ativismo judicial, de seu turno,

se caracteriza por uma atuação expansiva do Poder Judiciário, com decisões discricionárias e interferência nos demais poderes “com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente”.

Conquanto não seja um espaço adequado para debater, com a profundidade necessária, sobre diversas questões atinentes ao ativismo judicial, é importante salientar que o ativismo judicial tem encontrado na fase pós Constituição Federal de 1988 um momento propício para uma ocupação maior de espaço, ainda que esse tema não tenha, no Brasil, um debate de viés histórico como o que ocorre no direito norte americano<sup>2</sup>. Com efeito, após certa timidez inicial – o que levou o órgão de cúpula judicial brasileiro a ser taxado de

---

2 Quando se analisa o ativismo judicial sob um viés histórico, conforme rememora Campos (2014, p. 49-59). sempre se destacam três decisões da Suprema Corte Americana que são tidas como uma espécie de “pré-história” do ativismo judicial. Primeira afirmação do *judicial review* da Suprema Corte, no caso *Marbury vs Madison* (1803) a Suprema Corte negou o pedido de Marbury – que impetrara um Mandado de Segurança diretamente na Suprema Corte contra o Secretário de Estado James Madison, com o objetivo de obrigar o demandado a outorgar os poderes de Juiz de Paz no Estado de Columbia, cargo para o qual ele tinha sido nomeado pelo Presidente John Adams (nos últimos dias de mandato) – sob o argumento de que a Constituição não lhe outorgava competência originária para o caso concreto (a sua competência era apenas recursal) e, então, declarou inconstitucional o artigo III da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. No caso *Dred Scott vs Sandford* (1856), a Suprema Corte – em uma decisão extremamente criticada até hoje – negou o pedido de liberdade formulado por Dred Scott, a partir da morte do seu proprietário o major do exército John Emerson, refutando o argumento da aquisição do direito à liberdade pelo fato de haver residido em Illinois e Wisconsin (estados que proibiam a escravidão); nessa oportunidade, para refutar o argumento de Dred Scott, o Juiz Roger Taney argumentou que: 1) a V Emenda garante o direito constitucional de propriedade dos escravos e isso não poderia ser contrariado por lei estadual; 2) deve-se interpretar a Constituição de acordo com o status do negro ao tempo em que o documento foi ratificado (1787/1788), e o negro não era considerado cidadão, mas pertencia a uma classe subordinada e inferior; 3) não é atribuição da Suprema Corte decidir sobre a justiça ou injustiça disso. Por fim, no caso *Lochner vs New York* a Corte reputou inconstitucional uma lei do Estado de Nova Iorque (*Bakeshop Act*) que criminalizava a exigência de jornada de trabalho dos padeiros acima de 10 horas ao dia ou 60 horas por semana, com o objetivo de proteger a saúde e o bem-estar dos trabalhadores; de acordo com a maioria da Corte, a referida lei teria restringido, sem fundamento razoável, o direito de contrato entre o empregador e o empregado. Essa decisão relevou a face conversadora da Corte, marcada pela ideologia do *laissez faire* e por uma leitura ampliada da Emenda XIV e sua cláusula do devido processo legal substancial.

“passivismo judicial” –, o STF abandonou o apego a autorrestricção judicial e a deferência ao Poder Legislativo.

De qualquer sorte, é certo afirmar que essa transição – da autorrestricção para um ativismo judicial – causou (e ainda causa) bastante polêmica, até mesmo porque é matéria correlacionada a um (permanente) juízo de tensão entre poderes da República. As razões de eventual ativismo judicial exercido pelo Poder Judiciário são diversas e não excludentes, bem como a própria concepção do que exatamente consiste o ativismo judicial seja controvertida (e não é o objeto de fundo do presente articulado).

Pela própria forma de distribuição de competência prevista na Constituição Federal, o ativismo judicial tem se desenhado com mais regularidade nas decisões das cortes constitucionais; no Brasil, contudo, além do Supremo Tribunal Federal, é certo que existem fortes sinais de decisões taxadas de ativistas que são emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – que trata de matérias estreitamente vinculadas com a representação política e partidária da nação. Com efeito, é certo que a forte vocação política do TSE é traduzida pelo inegável vínculo de ancilaridade das decisões projetadas sobre temas caros e sensíveis ao regime democrático constitucional.

O objeto do presente articulado é analisar a existência de ativismo judicial na Justiça Eleitoral, ainda que determinadas decisões prolatadas nessa esfera tenham um desiderato de proteção da moralidade e regularidade do processo eleitoral. In casu, a relevância desse tema é marcada pela ideia de defesa do regime democrático não apenas sob a ótica de uma higidez de lisura do processo eleitoral, mas, em igual sentido, em uma defesa da legitimidade da própria Constituição Federal – que alberga a separação dos Poderes como um de seus princípios basilares e a democracia como um de seus fundamentos mais relevantes.

Para atingir o objetivo proposto, serão analisadas algumas decisões prolatadas no âmbito da Justiça Eleitoral (e, por vezes, do próprio Supremo Tribunal Federal), perquirindo sua adequação com

a atividade jurisdicional em sentido estrito, empregando-se o método dedutivo com fundamento em aportes doutrinários sobre o tema.

## 2 A Justiça Eleitoral e o ativismo judicial

A Justiça Eleitoral brasileira tem características<sup>3</sup> próprias e singulares, que a distinguem dos demais ramos do Poder Judiciário. Da mesma sorte, por suas plúrimas atribuições, a Justiça Eleitoral brasileira também recebe um desenho diferenciado em relação a outros países americanos<sup>4</sup>. A resolução<sup>5</sup> emanada pelo TSE tem (ou deve ter) um caráter meramente regulamentar, de modo a explicitar, de modo mais minudente, a matéria que já é prevista em lei. Lado outro, a consulta tem a função de proporcionar uma orientação, em tese, dada pela Justiça Eleitoral em uma determinada situação hipotética, tendo a função de mero esclarecimento em matérias controversas. Aquela (a resolução), apresenta uma força legal imperativa, ou seja, vincula a todos e possui densidade normativa suficiente para ser atacada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade; esta (a consulta), não tem força vinculativa e não pode ser objeto de recurso e tampouco pode ser objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

---

3 Em resumo, a Justiça Eleitoral brasileira tem atribuição normativa, consultiva, administrativa e jurisdicional. A atividade normativa, em síntese, é dada pelo poder de regulamentar das resoluções; a atividade consultiva se revela nas orientações, em tese, sobre matérias eleitorais – que são atribuições dos tribunais eleitorais; a atividade administrativa se revela na manutenção do cadastro eleitoral e na criação de Zonas Eleitorais, locais de votação e seções eleitorais; a atividade julgadora é a efetiva prestação jurisdicional cível e criminal.

4 No México e no Chile, exemplificativamente, são concebidos dois órgãos para tratar de temas afetos à Justiça Eleitoral: um administrativo e outro jurisdicional. Neste sentido, demonstram Daniel Zovatto e J. Jesús Orozco Henriquez quando tratam especificamente do tema *reformas al organismo electoral* (ZOVATTO e OROZCO HENRIQUEZ, 2007, p. 117-135).

5 Sobre um estudo da tipologia das resoluções eleitorais e sua divisão em normativa, regulamentativa, contenciosa-administrativa e consultiva: Almeida Neto (2014, p. 148-156).

O acompanhamento diuturno de temas afetos à matéria eleitoral demonstra a existência de ativismo judicial em decisões, resoluções e, mesmo, em consultas respondidas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Parcela da doutrina, aliás, tem sido bastante candente nas críticas à atuação expansiva da Justiça Eleitoral em temas sensíveis ao nosso regime político e democrático. Assim, v.g., Salgado (2010, p. 237) defende a absoluta inconstitucionalidade de o Tribunal Superior Eleitoral expedir resoluções e ainda refere que – caso superada a tese de inconstitucionalidade – a atuação do TSE nessa matéria:

[...] deve se subordinar à noção de função regulamentar de maneira estrita<sup>6</sup>: aquela em que não há espaço para discricionariedade qualquer, mas apenas se deve desdobrar, especificar o que a lei determina de modo genérico.

Ainda que de modo menos efusivo, Oliveira (2010, p. 110) também visualiza um exercício da função normativa da Justiça Eleitoral cada vez mais incisivo e que extrapola a mera atividade regulamentar “para, assim, transitar por campo próprio do Poder Legislativo, e, o que é pior, chegando muitas vezes a editar normas em manifesto conflito com a lei”.

Assim, é certo afirmar que é sabidamente reconhecido um excesso do Tribunal Superior Eleitoral no uso dos institutos da resolução e da consulta. Da mesma sorte, esse uso excessivo, por vezes, denota um perfil de decisão que configura um desenho de decisão judicial de caráter ativista, já que termina por definir matérias cujo *locus* de deliberação é do parlamento.

---

6 A doutrinadora paraense, aliás, enumera algumas possibilidades de regulação do TSE através de resolução: “*Dessa forma, as resoluções eleitorais devem se restringir a esclarecer datas, competências e procedimentos para a eleição específica que será disputada, facilitando a compreensão da legislação eleitoral. Apenas isso*”

### 3 A face ativista da Justiça Eleitoral: casos concretos

De fato, existe certa convergência sobre decisões da Justiça Eleitoral que, sabidamente, podem ser enquadradas como ativistas, a saber: redução do número de vereadores; verticalização; fidelidade partidária.

#### 3.1 Caso do número de vereadores

No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> – acolhendo parcialmente a pretensão do Ministério Público do Estado de São Paulo – adotou orientação que restringiu a autonomia administrativa dos municípios para fixarem o número dos representantes do Poder Legislativo, entendendo necessária a observância de um juízo de proporcionalidade como critério de uma adequada representação parlamentar. Para além de defender uma proporcionalidade entre a população do município e o respectivo número de vereadores, o Supremo Tribunal Federal reputou como “excesso do poder de legislar” a aprovação de norma municipal que estabeleça a composição da Câmara de Vereadores sem observância dessa relação de proporcionalidade. Com essa decisão, o STF adotou a fórmula segundo a qual os municípios têm direito a um vereador para cada 47.619 habitantes.

Consectário dessa decisão, o Tribunal Superior Eleitoral buscou regular o número de vereadores, de modo uniforme, em todos os municípios do país. Dessa forma, o TSE editou a Resolução nº 21.702 – que estabeleceu a regra geral a ser aplicada no cálculo do número de vereadores no pleito de 2004 – e, após, a Resolução nº 21.803 – na qual determinou o número específico de vereadores para cada um dos municípios do país.

---

7 RE nº 197917/SP – São Paulo – Recurso Extraordinário – Julgamento: 06/06/2002 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

A consequência prática dessas resoluções foi drástica, pois significou um corte automático no número de vereadores de diversos municípios do país. A matéria, então, foi levada à discussão do Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup>, que assentou a constitucionalidade da resolução do TSE. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal consignou o efeito transcendente dos fundamentos determinantes do RE nº 191.917/SP, na interpretação do inciso IV do art. 29 da Constituição Federal e reconheceu que o TSE, ao editar a resolução requestada, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional.

O Congresso Nacional reagiu, ainda que tardiamente. Em 2009, a Emenda Constitucional nº 58, alterou a redação do inciso IV do caput do art. 29 e do art. 29-A da Constituição Federal. Em síntese, aludida emenda estabeleceu uma regra de proporcionalidade na fixação do número de vereadores, mas com aplicação retroativa (no caso do número de vereadores, “a partir do processo eleitoral de 2008”). A aplicação da íntegra dessa emenda constitucional importava em um aumento do número de vereadores já com a respectiva legislatura em curso, motivo pelo qual o STF<sup>9</sup> assentou a impossibilidade de se alterar o resultado de um processo eleitoral já encerrado e reputou como inconstitucional “a norma que determina a retroação dos efeitos de regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado”, assentando a afronta à garantia do exercício da soberania popular e à segurança jurídica.

Em síntese, ainda que a pretexto de regulamentar de modo equânime o número de vereadores em todas as circunscrições municipais do país, é certo que as resoluções editadas pelo TSE, no caso em tela, trataram de matéria de atribuição exclusiva do Poder

---

8 ADI nº 3345/DF – Ação Direta de Inconstitucionalidade – j. 25/08/2005 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

9 Tribunal Pleno – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4307/DF – j. 11/04/2013.

Legislativo, ofendendo, com isso, a autonomia administrativa dos referidos entes municipais.

### 3.2 O caso da verticalização

A união de partidos para participarem, em conjugação de esforços comum, de um processo eleitoral sempre guardou forte polêmica, seja pela ausência de afinidade ideológica, seja pela fragilidade do vínculo formado. Em resumo, as coligações invariavelmente se justificaram – exclusivamente – pela maior facilidade na obtenção do quociente eleitoral e por um espaço mais amplo no horário eleitoral gratuito. Dito de outro modo, o móvel da coligação sempre foi pragmático e, por vezes, pouco republicano.

Ocorre que, nas eleições gerais (que atingem as circunscrições federais e estaduais), as coligações, nos diferentes níveis, frequentemente causavam perplexidade no eleitorado (para dizer o mínimo), já que – em um exemplo mezinho – partidos se uniam em diversos estados, mas apresentavam uma relação de oposição em nível nacional.

O TSE – em consulta<sup>10</sup> e por maioria – definiu uma regra que evocou o caráter nacional dos partidos, de modo a obrigar as coligações a manterem um nível mínimo de coerência. Em resumo, pela decisão, os partidos que tivessem lançado candidato para Presidente não podiam se coligar nos estados com partidos que igualmente tivessem lançado candidato a Presidente, desimportando que a candidatura ao cargo máximo tenha se dado isoladamente ou em coligação.

Na sequência, o TSE resolveu que o denominado “princípio da coerência na formação das coligações” deveria, de igual sorte, constar nas resoluções regulamentadoras do processo eleitoral de 2002.

---

10 Consulta nº 715 – Brasília – DF – Resolução normativa nº 21002 de 26/02/2002.

Desse modo, o art. 4º, §1º, da Res.-TSE nº 20.993/2002, estabeleceu a regra da “verticalização”, com a seguinte redação:

Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.2002).

A matéria foi transferida ao STF através de controle concentrado de constitucionalidade<sup>11</sup>, sendo ambas, por maioria, não conhecidas, sob o argumento do descabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra resposta dada à consulta pelo TSE. No caso em tela, cumpre consignar que o Supremo Tribunal Federal olvidou que ao menos uma das resoluções (*in casu*, a Res.-TSE nº 20.993/2002), conforme sua própria jurisprudência, possuía densidade normativa suficiente para ser atacada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tendo em vista a prevalência do entendimento firmado pelo TSE, essa orientação foi replicada, mais uma vez, para o pleito de 2006 – com a introdução do art. 3º, §1º, na Res.-TSE nº 22.156/2006<sup>12</sup>.

Diante desse quadro jurídico-normativo, o Congresso Nacio-

11 ADI nº 2626/DF – j. 18/04/2002; ADI nº 2628/DF – j. 18/04/2002.

12 Art. 3º § 1º, da Res.-TSE nº 22.156/2006. Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Res.-TSE nº 21.002, Consulta nº 715, de 26.2.2002).

nal resolveu marcar definitivamente sua posição através da edição da Emenda Constitucional nº 52, que deu nova redação ao artigo 17, §1º, da Constituição Federal e fulminou com a tese da verticalização. Em síntese, a aludida emenda constitucional trouxe sensível alteração (e extensão) à autonomia partidária, permitindo aos partidos “*adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre os candidatos em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal*”.

Contudo, a batalha jurídica ainda não findara. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com nova ação direta de inconstitucionalidade<sup>13</sup> perante o Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade, o STF concluiu que a EC nº 52/06 “conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal”, provocando a perda de validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidária – conquanto tenha determinado que essa nova redação deveria observar o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF), ou seja, afastou a aplicação da EC nº 52/2006 ao pleito daquele mesmo ano.

O caso em tela revela que somente a partir de uma emenda constitucional foi possível sustar uma decisão do TSE firmada em consulta! Para além disso, o mérito da decisão inaugural da Corte Eleitoral também recebeu fortes críticas da doutrina, notadamente porque, de acordo com Caggiano (2004, p. 92) “impor a técnica da vinculação vertical às coligações é investir contra a autonomia partidária” que “encontra-se resguardada pelo atual Estatuto Fundamental”.

É certo afirmar que, *in casu*, a limitação de alcance das coligações é matéria a ser definida exclusivamente no âmbito do Poder Legislativo, sendo inviável buscar regulamentar essa matéria – mesmo que a pretexto de conferir coerência ideológica nas disputas ocorri-

---

13 ADI nº 3685 / DF – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Julgamento: 22/03/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

das no processo eleitoral – através do Poder Judiciário (e ainda mais por instrumentos como a consulta ou a resolução).

### 3.3 A questão da fidelidade partidária

O debate sobre a existência do princípio da fidelidade partidária após a Constituição Federal de 1988 foi acentuada no meio jurídico. O instituto da fidelidade partidária tinha previsão na Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela EC nº 01/69 (artigos 35 e 152), sendo, após, revogado pela EC nº 25/85. A Constituição Federal de 1988 não prevê, expressamente, o princípio da fidelidade partidária e tampouco a redação originária da Lei dos Partidos Políticos previa aludido instituto. Em verdade, a perda de mandato por infidelidade partidária somente foi prevista na Lei dos Partidos Políticos pela Lei nº 13.165/2015, que introduziu o art. 22-A na Lei nº 9.096/1995.

Dado desse desenho normativo, o STF defendia a inexistência do princípio da fidelidade partidária, inclusive em relação aos suplentes (Pleno – Mandado de Segurança nº 20.927 – j. 11.10.1989) – orientação que perdurou por cerca de duas décadas. Apenas em 2007, o TSE exarou entendimento que (re)introduziu o princípio da fidelidade partidária no ordenamento jurídico nacional. A decisão do TSE causou dupla surpresa: pelo conteúdo, já que ausente previsão sobre a possibilidade de perda de mandato em caso de desfiliação partidária; pela forma, já que trouxe a matéria em uma resposta à consulta (e conferiu efeitos concretos àquele instituto).

Sob o fundamento de uma interpretação sistêmica da Constituição, o TSE asseverou que a mudança injustificada de partido, no sistema proporcional, importa no direito de a agremiação partidária manter a vaga originária (Consulta nº 1.398 – j. 27.03.2007). Em resumo, o TSE afirmou que a existência do mandato é vinculada a uma filiação partidária, já que esta é uma condição de elegibilidade. O Ministro Asfor Rocha entendeu equivocada a concepção de

que o mandato pertence ao parlamentar, pois isso equivale dizer que o eleito se torna “senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular”. Em outra perspectiva, mas com igual conclusão de fundo, o Ministro Cezar Peluso reforçou que a filiação partidária – por ser uma condição de elegibilidade – também constitui “pressuposto constitucional do mandato”, reforçando, assim, o “caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro”. Na oportunidade, restou vencido o Ministro Marcelo Ribeiro, argumentando a impossibilidade de haver a perda de mandato em caso de infidelidade partidária por ausência de previsão legal.

Na sequência, o TSE reafirmou que a troca injustificada de partido acarreta a perda do mandato parlamentar também no sistema majoritário (Consulta nº 1.407 – j. 16.10.2007) – entendimento afastado posteriormente pelo STF. Com efeito, o STF concluiu pelo descabimento da perda de mandato em caso de infidelidade partidária no sistema majoritário, por ofensa ao princípio da soberania popular, pois o voto, neste sistema, é conferido ao candidato, sem qualquer contribuição da legenda partidária. Desta forma, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “*ou o vice*” (art. 10), “*e após 16 de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário*” (art. 13), e para conferir interpretação conforme ao termo “*suplente*” constante no art. 10, com a finalidade de excluir do seu alcance os cargos do sistema majoritário (ADI nº 5.081/DF – j. 27.05.2015).

Por força desse posicionamento do TSE (que mudou radicalmente o tratamento até então dado ao princípio da fidelidade partidária), a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal – que referendou os argumentos da Corte Especializada, ao julgar os Mandados de Segurança nº 26.602 (Rel. Min. Eros Grau<sup>14</sup>), 26.603 (Rel. Min.

---

14 MS 26602/DF – Mandado de Segurança – Julgamento: 04/10/2007 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Celso de Mello<sup>15</sup>) e 26.604 (Rel. Min. Carmem Lúcia<sup>16</sup>). Em suma, o STF assentou que o princípio da fidelidade partidária passou a vigorar a partir da manifestação do TSE nas consultas referidas, argumentando ainda: a) o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder (MS nº 26603); b) o desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie (MS nº 26604).

A partir da decisão do STF nos referidos mandados de segurança, o TSE editou a Resolução nº 22.610/07 – que disciplina o processo de perda de cargo eletivo em caso de desfiliação injustificada –, estabelecendo os legitimados (*in casu*, partido político, Ministério Público ou quem tenha interesse jurídico), prazo para o ajuizamento da ação (30 dias, a contar da desfiliação), procedimento (art. 3º a 11), competência (TSE, em caso de mandato federal; TRE, nos demais casos) e termo inicial de vigência para o princípio da fidelidade partidária nos sistemas majoritário (a partir de 16 de outubro de 2007) e proporcional (a partir de 27 de março de 2007).

A questão que reacendeu foi sobre a possibilidade de, por resolução, um Tribunal Eleitoral exercer uma atividade eminentemente legislativa, qual seja, a criação de um procedimento processual de perda de mandato de parlamentar infiel – inclusive com previsão de

---

15 MS 26603/DF – Mandado de Segurança – Julgamento: 04/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

16 MS 26604/DF – Mandado de Segurança – Julgamento: 04/10/2007 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

legitimados e competência.

O STF, por maioria, assentou a constitucionalidade da Resolução nº 22.610/07, concluindo pela sua validade até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria (ADI nº 3.999/DF – j. 12.11.2008; ADI nº 4.086/DF, j. 12.11.2008). Para o STF, não faria sentido reconhecer a existência de um direito constitucional (*in casu*, o princípio da fidelidade partidária) sem prever um instrumento para assegurá-lo, registrando que “as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório” tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, não se pronunciar.

Cabe registrar que, até o momento, o Congresso Nacional não previu ainda um procedimento para a perda de cargo por infidelidade partidária – ainda que tenha introduzido esse princípio pela Lei nº 13.165/2015 – e, assim, pois, o caráter de excepcionalidade e transitoriedade alegado na decisão do STF, em breve, completará uma década.

Neste caso específico, é patente que as decisões prolatadas pelo TSE – ainda que sob a justificativa de reforçar a importância dos vínculos partidários e prestigiar o compromisso do mandatário político com o resultado ungido das urnas – estabeleceram uma sanção sem qualquer previsão normativa que lhe conferisse amparo, além de a decisão emanada do STF convalidar que um procedimento judicial para perda de mandato possa ser criado pelo Poder Judiciário através de uma mera resolução. Inegável, no ponto, que as aludidas decisões judiciais são um típico produto de ativismo judicial.

### **3.4 Casos (não resolvidos) de ativismo judicial?**

Além desses casos sabidamente discutidos (e com enorme repercussão no seio da comunidade jurídica), existem ainda deliberações do TSE que não receberam um enfrentamento necessário no que concerne a eventual configuração de ativismo judicial.

Neste sentido, pois, a decisão do TSE de proibição de propaganda eleitoral mediante *telemarketing*, prevista no art. 27, §2º, da Res. – TSE nº 23.457/2015<sup>17</sup> pode ser taxada de ativismo judicial? A vedação dessa forma de propaganda, conforme consta na própria resolução do TSE é fundamentada na tutela da vida privada das pessoas (art. 5º, X, da CF), na inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, da CF) e na proibição de propaganda eleitoral que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos (art. 243, VI, do CE). Desse modo, o TSE sinaliza o acolhimento de representações aforadas contra propagandas realizadas por *telemarketing*, já que em ofensa ao dispositivo do Código Eleitoral e da própria Constituição Federal. Sem embargo do debate doutrinário, o fato é que o STF, recentemente, chancelou a validade da proibição da propaganda por *telemarketing*, construída pelo TSE através de resolução (ADI nº 5122 – Rel. Min. Édson Fachin – j. 03.05.2018).

Do mesmo modo, podem ser colacionados outros exemplos de vedações que foram introduzidas na resolução que trata de propaganda eleitoral e poderiam trazer ao mesmo questionamento sobre eventual ativismo judicial, a saber: 1) a previsão do prazo de 30 dias após a eleição para os candidatos, partidos e coligações removerem a propaganda eleitoral, com restauração do bem, sob pena de sujeição dos responsáveis às consequências previstas na legislação comum aplicável (art. 101 da Res. – TSE nº 23.457/2015); 2) a previsão de que o Juiz Eleitoral, na fixação das multas de natureza não penal, deverá considerar a condição econômica do infrator, a gravidade do fato e a repercussão da infração, sempre justificando a aplicação do valor acima do mínimo legal (103, *caput*, da Res. – TSE nº 23.457/2015).

Resumidamente, conquanto a elogiosa intenção de exercer um

---

17 Art. 27 [...] §2º. É vedada a realização de propaganda via telemarketing, em qualquer horário.

papel de regulamentação até mesmo com um caráter preventivo (especificamente no caso da vedação do *telemarketing* e da fixação de prazo para a retirada da propaganda eleitoral após a eleição), parece certo afirmar que essas deliberações encontram o seu natural *locus* no Poder Legislativo – e não no Poder Judiciário.

#### 4 Conclusão

A atuação da Justiça Eleitoral – para além de conferir credibilidade ao sistema eleitoral brasileiro – tem demonstrado, pontualmente, características típicas de um excesso na sua atividade regulamentar ou mesmo jurisdicional. Vale dizer: a Justiça Eleitoral tem apresentado notas de ativismo judicial ao longo do tempo, ainda que calcada em pretensões de inegável valor ético e moral.

Essas deliberações atingem, como regra, temas sensíveis e caros ao regime democrático – seja quando estabelecem números de vagas para os representantes políticos, seja quando determinam sanções por atos não previstos em lei (caso da infidelidade partidária), seja quando criam regras de coerência nas coligações partidárias. Daí que, sempre haverá espaço para um (candente) debate sobre o espaço adequado para essas transformações político-eleitorais no sistema brasileiro. Salgado (2010, p. 232-233) pondera que “*apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral*”, pois “*as regras eleitorais se referem à concretização do princípio da legitimação do poder político*”. Justamente por isso, na formação das regras eleitorais, é exigida “*ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com a participação das minorias*”. Dito de outro modo, ainda que, por vezes, o TSE tenha agido com uma intenção elogiável e comprometido com o zelo em relação à regularidade do processo eleitoral, parece lícito reconhecer um extravasamento em sua função regulamentar – sendo certo aferir uma ação de caráter nitidamente parlamentar na deliberação desse órgão judicial.

Neste ponto, deve-se rememorar que a noção de Estado Demo-

crático de Direito passa, necessariamente, pelo respeito ao princípio da separação dos poderes e é reforçado pela ideia de que o Poder Judiciário contribuiu para o aperfeiçoamento do equilíbrio e harmonia interinstitucional também quando atua rigorosamente dentro de sua atribuição constitucional. Em outros termos, ainda que se defenda, com Motta (2010, p. 37) Francisco José Borges, a legitimidade de uma jurisdição constitucional material e se reconheça “a sua capacidade de contribuir para a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito”, é certo que essa atividade não pode ser concretizada por uma – simplória (e antidemocrática) – substituição da política pelo direito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri: Manole, 2004.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. São Paulo: Forense, 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno. **Controle das eleições: virtudes e**

vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Eneida Desirré. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial** : limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZOVATTO, Daniel; OROZCO HENRIQUEZ, J. Jesus. **Reforma política y electoral en America Latina: 1978-2007: lectura regional comparada**. México: Instituto de Investigaciones Jurídica de La UNAM. 2007.