



Revista Parlamento e Sociedade



**CÂMARA MUNICIPAL DE
SÃO PAULO**



Reforma Política e a Justiça Eleitoral

Vitor Marchetti¹

Resumo

O presente artigo joga luz sobre protagonismo da Justiça Eleitoral brasileira na consolidação de nosso regime democrático, analisando algumas decisões recentes da cúpula da Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e da Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF). Ao estudar o modelo de governança eleitoral adotado no Brasil o autor conclui que a judicialização da competição político-partidária tornou-se possível devido ao modelo adotado no país.

Introdução

O crescente protagonismo da Justiça Eleitoral brasileira na consolidação de nosso regime democrático tem chamado a atenção para uma instituição que até então era muito pouco conhecida e debatida, especialmente quando decidiu sobre temas centrais da tão debatida e desejada (pelo menos por grande parte da opinião pública) reforma do sistema político.

Para tentarmos avançar nesse terreno ainda pouco explorado, serão analisadas aqui algumas decisões recentes da cúpula da Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), e da Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF), que revelam vontade de fazer lei por meio de interpretações criativas e arrojadas dos textos legais – principalmente da Constituição Federal.

A análise de cada uma dessas decisões será acompanhada do apontamento de alguns problemas que entendemos centrais para esse debate. O primeiro é dialogar com o diagnóstico de que a Justiça Eleitoral avançou de modo mais criativo apenas onde havia uma lacuna deixada pelo Legislativo (Sadek, 1995). A disposição para fazer uma reforma política seria consequência da combinação da inoperância do legislador com os níveis mais elevados de confiança e apoio popular da Justiça Eleitoral *vis-à-vis* às instituições políticas (Fleisher e Barreto, 2009).

1 Doutor em Ciência Política pela PUC-SP e Professor adjunto do Bacharelado em Políticas Públicas da UFABC

Em paralelo, apresentaremos uma análise do desenho institucional da governança eleitoral brasileira e suas consequências para a regulação da competição eleitoral (Marchetti, 2013a). O ponto central aqui enfrentado será como esse modelo construiu a independência da Justiça Eleitoral face aos interesses político-partidários buscando conferir legitimidade aos resultados e autonomia para agir.

O modelo de governança eleitoral brasileiro: o TSE como órgão do STF para questões eleitorais

A justiça eleitoral brasileira é produto da Revolução de 1930. E, como tal, sua fundação foi inspirada pelas bandeiras levantadas à época: críticas à oligarquia competitiva, que tinha se instalado ao longo da primeira república, e o evidente descrédito do processo eleitoral, marcado pelo poder dos coronéis e pelo “voto de cabresto”.

A combinação desses elementos denunciados pelos revolucionários de 30 atentava contra a legitimidade da competição pelo poder político e a confiabilidade nos resultados das urnas.

“O movimento de 30 tinha entre suas bandeiras a moralização das eleições, sumarizada no binômio cunhado por Assis Brasil, “representação e justiça”. Para isso parecia imprescindível afastar os poderes Executivo e Legislativo da administração e do controle do processo eleitoral, e retirar das Câmaras Legislativas a prerrogativa da verificação dos mandatos. Através dessas práticas a máquina majoritária assegurava sua perpetuação, manipulando todas as etapas do processo eleitoral, e chegando mesmo a decapitar mandatos oposicionistas” (Sadek, 1995:30).

A governança eleitoral no Brasil nasceu com a missão de restringir a participação dos interesses políticos na administração e na execução do processo eleitoral. Lehoucq (2002) argumenta que esse modelo de governança ganhou fôlego mundo afora apenas a partir da terceira onda democrática. Até então, o modelo clássico de governança eleitoral seguia o modelo governamental, vinculando os Organismos Eleitorais (OEs) ao Executivo e permitindo maior participação dos interesses político-partidários na organização do processo eleitoral. No Brasil, esse modelo clássico sequer foi adotado.

O fato de o modelo brasileiro contar há muito com um modelo que exclui os partidos e os interesses políticos da governança eleitoral revela a desconfiança em relação à política.

Muito pouco mudou na Justiça Eleitoral brasileira desde que foi criada em 1932. A Constituição de 1988 definiu em seu artigo 118 que os seus órgãos são: 1) Tribunal Superior Eleitoral, 2) Tribunais Regionais Eleitorais, 3) Juízes Eleitorais e 4) Juntas Eleitorais.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) é o órgão superior para decisões sobre a administração e a execução do processo eleitoral (*rule application*) e é a última instância de recurso do contencioso eleitoral (*rule adjudication*).

O TSE é composto por sete membros: três dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), dois dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dois dentre cidadãos com notório saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo STF e selecionados pelo Presidente da República. Esses membros externos são majoritariamente advogados que militam na área.

Os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) têm sede na capital de todos os Estados. Além de participar da administração e da execução do processo eleitoral, é a segunda instância para o contencioso eleitoral. Cada TRE é composto por sete membros: dois selecionados dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça estadual, dois juízes de direito selecionados pelo Tribunal de Justiça, um dentre os juízes do Tribunal Regional Federal e dois cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral indicados pelo Tribunal de Justiça e selecionados pelo Presidente da República.

O Juiz eleitoral é selecionado pelo TRE dentre os juízes de direito do Estado. A sua jurisdição é a zona eleitoral. Participa também da administração e da execução do processo eleitoral e funciona como primeira instância para o contencioso eleitoral.

As Juntas eleitorais são órgãos temporários e servem apenas para a execução do processo eleitoral. Sessenta dias antes das eleições, o TRE seleciona um juiz de direito e de dois a quatro cidadãos com notório saber jurídico e idoneidade moral. A Junta auxilia, assim, o Juiz eleitoral a executar os procedimentos necessários para o processo eleitoral em determinada zona eleitoral.

Não há no OE brasileiro um órgão com corpo de direção próprio e exclusivo. Apesar do TSE, dos TREs e dos Cartórios Eleitorais, onde atuam os juízes eleitorais, serem permanentes e, portanto, contarem com um corpo funcional próprio e estável, os juízes e ministros que se tornam membros da Justiça Eleitoral não são obrigados a se desligar das outras atividades que desempenham nos

outros ramos da Justiça. Nem mesmo os advogados selecionados são obrigados a interromper suas atividades profissionais².

Tal perfil pode até criar dificuldades para que a Justiça Eleitoral atenda a todas as demandas das atividades que assume por lei. Exemplo disso são as auditorias que o corpo funcional da Justiça Eleitoral deve realizar sobre os gastos de campanha. Uma possível deficiência estrutural que pode comprometer a qualidade do controle (Taylor, 2008).

Vale destacar que todas as instâncias contam com a “regra da interseção” para a composição de seus membros, acompanhando a estrutura do Judiciário. Enquanto os TREs foram concebidos em interseção com a Justiça Estadual, a instância máxima de nossa governança eleitoral foi concebida em interseção com o Supremo Tribunal Federal.

É possível afirmar que o TSE é um órgão do STF para matérias eleitorais – não de direito, mas de fato (Marchetti, 2013a). Como vimos, são sete os membros do TSE. Três deles têm origem no Supremo, outros dois são advogados indicados por ele, produzindo uma forte influência sobre esses membros. No mínimo, podemos dizer que esses advogados serão indicados de acordo com um perfil projetado e esperado pelos ministros da Corte Constitucional. Os dois outros ministros têm origem no STJ. Entretanto, é preciso observar que esses ministros exercem menor influência sobre o perfil do TSE do que os ministros do STF. O que nos leva a essa afirmação? A questão do tempo do mandato.

Todos os membros da Justiça Eleitoral possuem mandato de dois anos, podendo ser prorrogado por mais dois. Uma regra interna no STJ, porém, eliminou a possibilidade de que seus membros pudessem ocupar o cargo de ministros do TSE por mais de um biênio. Já entre os ministros oriundos do STF e entre os advogados, o mandato de quatro anos transformou-se em prática comum.

Os membros do STF são 11, e não há regra interna que imponha ao ministro a necessidade de se tornar membro do TSE. Os procedimentos de escolha são bastante informais e dependem fundamentalmente da disposição manifesta do ministro para exercer essas funções.

2 Essa permissão decorre da decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127/94, interpretando o estatuto da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (lei 8.906/94). Nessa lei há o impedimento para o exercício da advocacia a “membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta”. A interpretação do STF abriu uma exceção para o caso da Justiça Eleitoral.

Do primeiro semestre de 1989 até o final do primeiro semestre de 2015, por exemplo, passaram pelas vagas de membro titular do TSE 31 ministros do STJ, enquanto do STF foram 22 ministros diferentes. Lembrando que são três as vagas do STF e apenas duas as do STJ.

É inegável que o tempo que um ministro passa no TSE lhe garante experiência em relação à matéria, ainda mais quando falamos de um organismo que não possui um corpo exclusivo de ministros. Dessa maneira, podemos dizer que a capacidade de influenciar no perfil a ser adotado pelo TSE nos julgamentos dos litígios e nas decisões administrativas do processo eleitoral é maior dos ministros do STF do que dos ministros do STJ.

Além desse predomínio do STF dentre os membros que compõem o TSE, a presidência e a vice-presidência do organismo são cargos exclusivos dos ministros da Corte Constitucional. Dessa forma, a pauta e a orientação para o funcionamento administrativo do próprio organismo são determinadas pelo perfil do ministro do STF que ocupe o cargo.

Por isso, podemos afirmar que o TSE é, na prática, um organismo do STF para matérias eleitorais. Afinal, o poder de influência dos ministros do STF sobre o TSE é inegavelmente superior em relação aos seus outros membros.

Em resumo, podemos dizer que as características mais marcantes de nosso modelo de governança eleitoral são:

- concentração das atividades da governança em um único Organismo Eleitoral (*rule application e rule adjudication*).
- plena independência em relação aos partidos políticos e ao Legislativo – visto que a indicação e a seleção de seus membros são feitas pelo Judiciário.
- Organismo Eleitoral com juízes não exclusivos – visto que seus membros não deixam de exercer suas funções nos órgãos de origem.
- “regra da interseção”, visto que apenas membros do Judiciário podem ocupar a maior parte dos cargos.
- predominância da Corte Constitucional sobre a última instância do Organismo Eleitoral.

Uma das implicações desse perfil é que as regras do jogo competitivo acabam passando pela interpretação de um conjunto mais abrangente de normas, inclusive as normas constitucionais.

Por vezes, interpretando a legislação eleitoral, o TSE decide interpretando o texto constitucional. Por outras vezes, o STF, na interpretação do texto constitucional, decide alterando as regras do jogo eleitoral. E não há qualquer sinal de conflito interpretativo entre essas instituições. Até muito recentemente não

havia uma única decisão do TSE que tivesse sido reformada pelo STF. Foi apenas após um intenso protagonismo da Justiça Eleitoral que o Supremo reformou duas decisões, a primeira foi em 2010, quando adiou a entrada em vigor da Lei da Ficha-limpa, e a outra foi quando declarou inconstitucional parte da Resolução do TSE que tratava da fidelidade partidária³.

A Justiça eleitoral brasileira: entre a interpretação e a criação de leis

O grande desafio da democracia brasileira no que se refere à competição eleitoral e reforma política parece ser manter a estabilidade do quadro normativo. Desde a retomada das eleições diretas para todos os cargos da federação não houve duas eleições seguintes em que o quadro normativo tenha se mantido sem alterações importantes. E boa parte dessas alterações, principalmente desde 2002, ocorreu por alterações nas leis eleitorais em razão de decisões judiciais⁴.

Na tentativa de criar uma tipologia da reforma política, Rennó (2007) definiu que elas podem ser classificadas pela sua abrangência (ampla ou pontual) e pela sua profundidade (profunda ou superficial). Em linhas gerais a abrangência é uma medida de quantos componentes institucionais do sistema político são afetados e a profundidade de quanto cada subsistema é alterado.

Quadro 1 – Principais reformas introduzidas no sistema político entre 1989 e 2015.

Abrangência	Profundidade	
	<i>Profunda</i>	<i>Superficial</i>
<i>Ampla</i>	<ul style="list-style-type: none"> * Verticalização das coligações eleitorais. * Cláusula de Desempenho. * Regras do financiamento de campanha. * Ficha Limpa. 	
<i>Pontual</i>	<ul style="list-style-type: none"> * Reeleição para os cargos do Executivo. * Número de vagas das Câmaras municipais. * Fidelidade partidária. 	<ul style="list-style-type: none"> * Número de nomeações por partido político ou coligação. * Fim da candidatura nata. * Distribuição do Fundo partidário.

Fonte: Rennó (2007) e elaboração própria.

3 Trataremos dos temas mais à frente.

4 As razões para que a partir de 2002 o TSE e o STF tenham adotado uma postura mais criativa na interpretação da legislação eleitoral ainda carecem de melhor análise.

O quadro acima é uma tentativa de mapear os principais pontos da reforma política introduzidos nas últimas décadas no sistema político de acordo com a tipologia sugerida por Rennó (2007). Optamos por expor não apenas as medidas que ainda estão em vigor, mas também as que foram aprovadas mas que foram reformadas posteriormente, como é o caso da cláusula de desempenho. Ademais, grande parte dos temas foram tratados mais de uma vez pelo sistema político e/ou judicial. Em cada caso, portanto, há diversos instrumentos jurídicos e legais envolvidos, bem como diferentes perfis de atores.

O objetivo principal aqui é revelar que das reformas listadas há uma participação bastante ativa das instâncias judiciais em quase todas elas, principalmente nos temas de maior profundidade e que geram efeitos mais largos sobre os subsistemas políticos. É a partir desse diagnóstico que podemos afirmar que está em curso no país uma reforma política que é conduzida e gerida fora das instâncias tradicionais de representação política. É uma espécie de reforma política sem políticos, ditada essencialmente pelos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral (Marchetti, 2013b).

Dos dez temas levantados aqui a dupla STF e TSE têm participação direta, seja na introdução na norma seja na sua reformulação completa, em sete delas (verticalização, cláusula de desempenho, financiamento de campanha, ficha limpa, câmaras municipais, fidelidade partidária e fundo partidário)⁵.

Em 2002, ano em que ocorreram eleições para presidente da República, governadores, senadores, deputados federais e estaduais, o TSE tomou uma decisão em relação às regras que orientavam as coligações partidárias bastante diferentes das práticas e das interpretações legais anteriores.

Até aquele ano, os partidos políticos poderiam firmar suas alianças para as eleições majoritárias estaduais (governadores) de modo independente das coligações que viessem a formar para a majoritária nacional (presidente). Em outras palavras, não havia qualquer obrigação legal de simetria entre as coligações estaduais e as coligações nacionais. Tanto era assim que se tornou comum que partidos aliados nas eleições para governador fossem adversários nas eleições presidenciais.

No ano anterior às eleições, entretanto, o PDT (Partido Democrático Trabalhista) fez uma consulta ao TSE com a seguinte pergunta: “pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à

5 Sobre boa parte deles cf Marchetti (2013a) e sobre o Ficha Limpa cf Marchetti (2011).

Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação?” Em outros termos, queriam saber se era possível se coligar nos Estados com partidos adversários nas eleições presidenciais.

Na resposta à consulta, a última instância do OE decidiu que não: os partidos não poderiam firmar alianças incongruentes. As coligações para as eleições presidenciais deveriam, assim, impor certos limites para as coligações estaduais. A argumentação jurídica que conduziu a decisão sustentou-se em uma interpretação do artigo 17 da Constituição Federal, que determina que os partidos políticos devem ter “caráter nacional”. Como, segundo a interpretação do TSE, ao firmar coligações assimétricas, os partidos estariam submetendo o caráter nacional às particularidades regionais, a prática pôde ser interpretada como inconstitucional.

Nas duas eleições anteriores, 1994 e 1998, a prática era comum. A articulação entre os planos estadual e nacional constitui uma das mais importantes peças no tabuleiro das estratégias eleitorais (Braga, 2006; Limongi e Cortez, 2010). Ao decidir sobre a questão, a Justiça Eleitoral impôs um constrangimento inédito e inesperado aos partidos políticos naquele momento, visando a reformar o sistema político.

Há, portanto, uma interpretação do texto constitucional desenvolvida pelo TSE que alterou completamente a prática vigente de coligações políticas. Assim, o *status quo* da competição política foi alterado por uma nova regra que não foi debatida, votada ou aprovada pelas instâncias políticas representativas tradicionais.

A decisão sobre o número de vereadores tem um fluxo um pouco distinto do caso anterior, mas também é reveladora dos efeitos que o modelo de governança eleitoral adotado no Brasil pode produzir.

Em 2004, ano de eleições municipais (prefeitos e vereadores), o STF decidiu pela inconstitucionalidade de parte da Lei Orgânica de um pequeno município no interior do Estado de São Paulo (Mira Estrela) naquilo em que ela definia o número de vereadores daquela cidade.

O que sustentou a decisão foi uma interpretação de uma palavra do texto constitucional. Seguindo o espírito geral da redemocratização, a Constituição garantiu autonomia aos municípios para definir o tamanho de seus Legislativos dentro dos limites ali estabelecidos. As Leis Orgânicas municipais poderiam definir o número de vereadores a partir de três faixas, observando a proporcionalidade da população. Desta maneira, os municípios pequenos, médios e grandes teriam autonomia dentro de certos limites mínimos e máximos.

A argumentação da tese vencedora no STF foi a de que, apesar de ter definido três faixas classificatórias, o texto constitucional fazia referência à necessidade de se respeitar uma proporcionalidade entre o número de vereadores e o

tamanho da população. Ainda que o município em questão estivesse dentro dos limites estabelecidos pelo texto constitucional, os ministros do STF entenderam que não respeitava o princípio da proporcionalidade, visto que municípios maiores tinham um número menor de vereadores.

Para sustentar a tese, o relator da decisão definiu critérios para se estabelecer o princípio da proporcionalidade. Estes critérios acabaram criando, em vez das três faixas constitucionais, 36 faixas classificatórias. Em princípio, essa decisão do STF deveria produzir efeitos apenas *inter partes*, ou seja, afetaria apenas o município em questão. Para que a decisão produzisse efeitos para além daquele município, uma outra ação deveria provocar o STF que, na análise do caso concreto, formaria uma nova decisão ou aplicaria a mesma decisão tomada anteriormente.

Os efeitos, porém, foram outros. Logo após o STF decidir pela inconstitucionalidade da Lei Orgânica Municipal, o TSE publicou uma Resolução aplicando o mesmo raciocínio desenvolvido no STF a todos os outros municípios brasileiros. No lugar das três faixas constitucionais, os municípios deveriam se adequar às novas 36 faixas definidas pelos critérios dos ministros do STF.

Esta Resolução do TSE foi ainda mais impactante por que estávamos em ano de eleições municipais. A decisão, portanto, alterou a magnitude das eleições proporcionais de vários municípios. Apenas para melhor mensurarmos o impacto dessa decisão, quando comparamos o número total de vereadores existentes no País em 2000 com o número em disputa nas eleições de 2004, percebemos que a Resolução reduziu em 14% as vagas nos legislativos municipais (8.475 vagas)⁶.

Em outro caso, na primeira metade de 2007, o TSE, respondendo a uma consulta, decidiu que os mandatos dos parlamentares eleitos em 2006 e que tinham sido recentemente empossados pertenciam aos partidos pelos quais foram eleitos e não aos parlamentares. Como consequência, poderiam perder o mandato caso mudassem de partido no período da legislatura.

A consulta ao TSE foi proposta pelo DEM (Democratas) nos seguintes termos: “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

Na consulta, o partido fazia algumas ponderações que esperava que fossem consideradas pelos ministros do TSE na resposta que profeririam. Essas

6 Foram duas as eleições para os Legislativos municipais sob os critérios aplicados pelo OE, 2004 e 2008. Para as eleições municipais de 2012 o legislador federal reformou o texto constitucional superando a decisão judicial e permitindo o resgate das quase 8 mil vagas suprimidas em 2004.

ponderações pediam que fossem consideradas as seguintes situações: 1) a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações, 2) a filiação partidária é condição constitucional de elegibilidade, o que serve para indicar ao eleitor o vínculo entre o candidato e a ideologia do partido e 3) o cálculo das médias é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

O sistema eleitoral brasileiro proporcional de lista aberta é também chamado de sistema de voto personalizado transferível. Ou seja, ao votar em um candidato do partido e/ou coligação o eleitor transfere votos para os demais, que serão beneficiados pela votação total do partido (Nicolau, 2004 e Tavares, 1994).

A consulta era guiada, portanto, pela seguinte lógica: como os eleitos de um partido/coligação se beneficiaram dos votos nominais dados para todos os candidatos da lista e dos votos dados para a legenda, o mandato pertenceria mais ao partido do que ao candidato. E a resposta do TSE foi nessa direção.

Esse debate é bastante antigo na política brasileira. No Parlamento há diversos projetos que tratam do tema e na literatura acadêmica já há estudos bastante robustos sobre o fenômeno (Melo, 2000, 2003 e 2007; Diniz, 2000; Desposato, 2006; Roma, 2007).

Como parte do processo de redemocratização do Brasil, em 1985 o Parlamento aprovou uma Emenda Constitucional (EC 25) que retirou do texto a punição com perda do mandato de parlamentares que mudassem de partido. A partir deste período deu-se início ao que a literatura acabou chamando de primeira fase de migrações partidárias.

Esta fase é caracterizada pela acomodação das agremiações partidárias em consequência da retomada das liberdades políticas. Com isso, novas agremiações puderam ser formadas e um novo ambiente competitivo se instalou com a progressiva retomada das eleições diretas para todos os níveis da federação.

Já nessa época, o TSE e o STF começam a ser provocados a cancelar o mandato dos migrantes para garantir a vaga obtida pelo partido. Em março de 1989 o TSE recebeu a seguinte consulta: “vereador eleito por uma determinada legenda partidária, ao ingressar em outro partido, conserva íntegro o mandato para o qual foi eleito?”

A resposta do tribunal foi proferida sem o registro de debate em plenário ou qualquer outra manifestação que nos desse o indício de dúvidas sobre a questão: “inexiste no nosso ordenamento jurídico a perda de mandato por infidelidade partidária” (CTA N° 9.948/89).

Como a EC n° 25/85 havia eliminado do ordenamento jurídico qualquer forma de punição aos migrantes, o TSE entendeu que não haveria condições para que aplicasse qualquer restrição à prática. Várias outras ações deste tipo

chegaram à Justiça Eleitoral, mas o entendimento se manteve o mesmo, consolidando uma jurisprudência.

A segunda fase do padrão migratório iniciou-se logo após esta acomodação inicial. A partir da legislatura que se inicia em 1991 no Congresso Nacional, dá-se início a outro padrão migratório, pois “a movimentação dos deputados passa a refletir uma lógica interna à competição político-eleitoral” (Melo, 2000).

Em outras palavras, o padrão migratório a partir de 1991 reflete o modo como o jogo político-partidário se desenrola no Brasil sob o presidencialismo de coalizão. Movidos pela necessidade de montar suas bases, os partidos de apoio ao Executivo estimulavam a migração e, movimentados por interesses imediatos de suas carreiras, os parlamentares transitam entre as diversas opções partidárias. Assim, a média de deputados migrantes girava em torno de 30% do total de deputados.

Quando, em 2007, o TSE recebe a consulta sobre as migrações partidárias há uma estratégia na argumentação jurídica que se mostrará decisiva para a decisão que se tomará. Note-se que nos termos em que a pergunta foi formulada pelo DEM não há expressamente a intenção de cassar um mandato parlamentar, mas apenas a intenção de definir a titularidade do mandato parlamentar: do eleito ou do partido.

Como a Constituição é bastante precisa em seu artigo 55 quanto ao rol de fatores que podem gerar a perda do mandato parlamentar, e a mudança de partido político não consta nessa lista, a decisão acabou não passando por essa norma. A decisão acabou invocando outros dispositivos constitucionais.

Os dispositivos que ganharam centralidade nas discussões foram os artigos 14, parágrafo 3º, inciso V, e 45 da Constituição. No primeiro há a expressa condição de elegibilidade da filiação partidária. Se não é possível no País a existência de candidaturas independentes de partidos, o direito ao mandato conquistado é do partido e não do candidato. A ordem de valores se inverte. Quanto ao segundo artigo, define que o sistema para as eleições de deputados federais é o proporcional. Em decorrência disso, os votos são distribuídos de acordo com os quocientes partidários, o que cria um vínculo entre o eleito e o partido pelo qual disputou as eleições (Nicolau, 2004).

De qualquer maneira, ainda que a argumentação jurídica tenha passado por questões distintas, ao decidir que a titularidade do mandato é do partido, na prática, o Tribunal reestabeleceu a punição com a perda do mandato para os parlamentares que trocaram de partido ao longo do mandato. Afinal, se o mandato não lhe pertence ao migrar de partido, o representante não pode levá-lo consigo.

Este efeito prático da decisão ficou mais claro após a publicação pelo TSE da Resolução 22.610/07, estabelecendo os critérios que disciplinariam o direito dos partidos sobre os mandatos obtidos e o julgamento daqueles que deixassem

os partidos pelos quais se elegeram. Além disso, em resposta a outra consulta, incluiu os eleitos pelo sistema majoritário na regra; assim, qualquer político eleito no Brasil após 2007 que migre de partido estará sujeito à perda do mandato.

Houve ainda alguma resistência política para a aplicação da nova regra. Ainda em 2007, os partidos que mais parlamentares tinham perdido requereram à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados o direito de ocupar as vagas que pertenciam aos deputados que, eleitos pelo partido, deixaram-no em seguida.

A Mesa Diretora da Câmara indeferiu o requerimento levando os partidos ao STF na busca daquilo que entendiam ser um direito reconhecido pela Justiça Eleitoral. Cada um deles ingressou com um mandado de segurança. Em outubro de 2007 veio a decisão: o STF confirma a tese do TSE de que o mandato pertence aos partidos e não aos candidatos, obrigando então que a Mesa Diretora acatasse a decisão.

A 53ª Legislatura da Câmara dos Deputados teve 28 deputados com seus mandatos questionados no TSE em consequência da migração partidária. Dentre eles, dois foram julgados procedentes e outros dez não foram julgados, pois seus mandatos se encerraram antes.

Além dos casos em que julga originariamente, o TSE recebeu mais de 2 mil processos em sede de recurso de decisões proferidas pelas instâncias inferiores. Até o final do ano de 2008, por exemplo, cerca de 1.308 vereadores já tinham perdido o mandato nas Câmaras Municipais (perto de 2,5% do total de vereadores do país) por causa da migração partidária. Isso em ano de eleições eleitoral para cargos municipais.

Como nos casos que vimos anteriormente, há no Parlamento propostas de Emenda Constitucional (PECs) com o objetivo de reformar a decisão judicial. Segundo uma das PECs haverá uma “moratória” de 30 dias antes do término dos registros eleitorais, chamado pela opinião pública de “janela de infidelidade”, em que as transferências partidárias poderiam ocorrer sem a aplicação de nenhuma sanção. Até o momento, entretanto, prevalece a Resolução do TSE.

Novamente, temos o TSE interpretando o texto constitucional por meio de uma consulta e alterando profundamente a prática vigente no jogo político. Além do mais, mais uma vez tivemos uma interação cooperativa entre a Corte Constitucional e última instância do Organismo Eleitoral. Quando o STF foi provocado, adotou a mesma interpretação das normas constitucionais desenvolvida pelo TSE.

O que defendemos aqui é que, não fosse o modelo de governança eleitoral adotado pelo país, o OE não avançaria sobre o texto constitucional e a sintonia da interpretação com a Corte Constitucional não estaria tão ajustada.

Esse caso é especialmente emblemático para afirmarmos que o TSE é de fato um organismo do STF em matéria eleitoral. Além de poder avançar sobre o texto constitucional, suas prerrogativas na governança eleitoral lhe permitiram incorporar as interpretações judiciais nas resoluções que edita para regular o jogo político-partidário.

Justiça eleitoral arrojada como produto de um Legislativo inoperante?

O padrão de todas essas decisões foi a alteração das regras da competição eleitoral por meio de interpretações criativas do texto constitucional. Elas são o retrato da reforma política sem os políticos. Resta saber se esses avanços se deram como consequência das lacunas e/ou inconsistências deixadas pelo Legislativo, ou se ela se desenvolveu independentemente do movimento do Legislativo. Avançou pelas lacunas ou pavimentou caminho próprio?

Segundo Ferejohn (2002), há duas causas gerais que acabam gerando a judicialização da política: a primeira ele chama de “hipótese da fragmentação” e a segunda, de “hipótese dos direitos”. A primeira ele define dessa maneira:

“[...] é um crescimento da fragmentação do poder das instituições políticas (Executivo e Legislativo), o que limita suas capacidades para legislar, ou para serem o espaço onde a política é efetivamente formulada [...] Quando os poderes políticos não podem agir, a resolução dos conflitos tende a migrar para instituições onde soluções podem ser oferecidas; cortes judiciais podem oferecer um espaço adequado para isso. A hipótese de fragmentação implica que as cortes têm mais liberdade para agir quando os poderes políticos são muito fragmentados para formar e aprovar decisões efetivamente” (Ferejohn, 2002: 55, tradução livre do autor).

Nessa primeira hipótese, temos que a judicialização seria um efeito de certa ineficácia dos poderes políticos para oferecerem soluções a determinados conflitos ou demandas. Por sua fragmentação, algumas soluções políticas seriam ou mais demoradas ou impossíveis de ser tomadas, o que levaria o debate às instâncias judiciais para que ali encontrassem soluções.

Nessa linha, poderíamos resgatar a hipótese de Sadek (1995), que coloca na instabilidade das leis eleitorais e nas dubiedades deixadas pelo legislador os motivos para um avanço do Judiciário sobre as regras do jogo competitivo.

“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” (Sadek, 1995: 63).

Seguindo por essa hipótese, deveríamos concluir que a judicialização da competição política ocorre muito mais pelas deficiências dos atores políticos em solucionar seus problemas do que por uma vontade particular do Judiciário de fazer valer suas preferências.

Não acreditamos que seja apenas esse o caso. A mudança do comportamento judicial não veio pela mudança da legislação, ou por sua deficiência. No caso da verticalização das coligações, a provocação veio por meio de uma consulta de um partido político – motivado por questões internas –, começou pelo TSE e foi confirmada pelo STF.

Em todos os projetos apresentados no Parlamento, o tema não vinha sendo tratado. Não havia sequer um projeto de Lei no Congresso Nacional que a colocasse em debate. Sobre as coligações, os projetos de maior fôlego eram os que defendiam a proibição de coligações nas eleições proporcionais. Nada sobre a necessidade de vinculação entre as alianças no plano federativo.

O TSE se manifestou pela provocação de um partido político. Entretanto, não há elementos para afirmarmos que a Justiça Eleitoral se manifestou diante de um tema que o Parlamento não tivera condições de colocar em pauta e aprovar. O tema sequer estava em debate.

No caso da definição do número de vereadores, a provocação veio do Ministério Público do Estado de São Paulo, começou no STF e foi amplificada pelo TSE (uma decisão *inter partes* que acabou produzindo efeito *erga omnes*).

A Constituição de 1988, seguindo sua orientação liberalizante para o desenho político institucional, facilitou a fundação, fusão ou fragmentação dos municípios. Diante da proliferação de municípios após 1988, veio uma necessidade fiscal para controlar os gastos com municípios claramente incapazes de arcar com suas próprias despesas.

Nessa esteira, veio a questão da definição do número de vereadores. Como a decisão relativa ao tamanho dos Legislativos locais estava ao alcance apenas da autonomia local, surgiram projetos no Legislativo nacional para controlar essa autonomia e restringir o aumento exagerado dos gastos municipais com pessoal.

Vários projetos legislativos foram aprovados nesse sentido; o mais emblemático veio com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabeleceu tetos para esses gastos e os vinculou às receitas obtidas pela administração pública. Nenhum projeto alterou a Constituição quanto aos limites do número de vereadores das Câmaras Municipais. Permaneceram as quatro faixas classificatórias definidas pelo constituinte. Mas, se o objetivo dessas propostas era atacar o problema fiscal, o legislador pode ter sinalizado que os outros projetos aprovados seriam suficientes.

No caso da fidelidade partidária, temos o mesmo padrão da decisão sobre a verticalização. A provocação foi por meio de consulta ao TSE e sua decisão foi confirmada pelo STF.

É verdade que há muito que o Parlamento debate sobre a possibilidade de restringir as mudanças de legendas realizadas pelos parlamentares. O fato de não ter conseguido forjar um acordo, porém, pode ser mais o retrato da controvérsia do tema do que de uma deficiência intrínseca ao Legislativo⁷.

Num primeiro momento, nos anos 80 e início dos 90, a troca de partidos poderia até ser encarada como uma mostra da vitalidade do recém “inaugurado” pluripartidarismo. Como durante o regime militar o sistema político tinha passado por um longo período de limitações às liberdades, o retorno das liberdades políticas e a progressiva retomada da competição eleitoral acabaram produzindo um natural movimento de acomodação. Tanto foi assim que, em 1985, o Parlamento aprovou uma Emenda Constitucional (EC 25) que retirou da Constituição de 1967 a punição com perda do mandato aos parlamentares que mudassem de partido.

A migração partidária, porém, persistiu mesmo após a superação da transição democrática. A permanência deste padrão veio pela chave do presidencialismo de coalizão. Como efeito de uma estratégia do Executivo na formação de sua coalizão de governo, a mudança de partido serviria como recurso para evitar que governos ficassem reféns de um Congresso fragmentado. Os congressistas, por sua vez, movimentados por interesses imediatos de suas carreiras, transitariam entre as diversas opções partidárias.

Aliás, há momentos pontuais envolvendo o tema em que foi possível construir uma maioria política para promover alterações nas normas. Esse foi o caso da alteração do Regimento Interno da Câmara dos Deputados pelo PRC 201/05. A medida foi uma tentativa de evitar que as mudanças na composição das legendas influenciassem no poder de cada uma delas nas comissões e em sua Mesa Diretora.

7 Sobre o tema indica-se Diniz, 2000; Desposato, 2006; Melo, 2000, 2003 e 2007 e Roma, 2007.

Como regra, o poder de interferir nessas instâncias internas do trabalho legislativo é medido conforme o tamanho da bancada e, quando havia qualquer mudança nas bancadas, esse poder era alterado. Com a medida aprovada, a partir da Legislatura iniciada em 2007, o tamanho das bancadas foi fixado em relação ao resultado eleitoral, independentemente de qualquer modificação futura. Além do mais, aquele que exercesse qualquer atividade na Mesa Diretora e mudasse de partido perderia o cargo automaticamente.

Em suma, tomando por base essas decisões, podemos afirmar que o STF e o TSE não avançaram apenas onde havia lacunas ou inconsistências das leis. Em um caso avançou sobre questões que sequer estavam em debate; no outro, avançou onde já havia entendimento político pacificado e, ainda em outro, avançou sobre um tema de natureza controversa e polêmica.

A segunda hipótese da judicialização colocada por Ferejohn (2002) é definida assim:

“A segunda causa é mais nebulosa, mas talvez mais importante. É o entendimento de que às Cortes (pelo menos para certas Cortes) deve ser confiada a tarefa de proteger uma larga escala de importantes valores contra potenciais abusos políticos” (Ferejohn, 2002: 55, tradução livre do autor).

Essa hipótese remonta à tradição madisoniana de que cabe ao Judiciário a prerrogativa anti-majoritária para defender, principalmente, valores liberais, como os direitos civis, as liberdades individuais e a propriedade privada. É preciso, porém, admitir que essa tarefa de guardião de valores, a princípio restrita aos valores liberais, pode avançar sobre outros princípios, a depender do contexto político, social ou econômico. Daí o autor chamar a sua “hipótese de direitos” de nebulosa. Mas, diante de tudo o que foi exposto, talvez o melhor caminho para entendermos o que orientou as decisões analisadas aqui pode estar próximo dessa hipótese.

Não descartamos o impacto que a instabilidade da legislação eleitoral, ou mesmo o seu silêncio em temas importantes, produz sobre a variação das interpretações judiciais. Mas entendemos que o mais adequado é avaliar o fenômeno mais pela disposição do Judiciário em diagnosticar e remediar possíveis males nas relações político-partidárias do que pela incapacidade do Legislativo em definir e aprovar uma agenda própria.

Considerações finais

É fato que o ambiente da competição político-partidária desde a redemocratização produziu na opinião pública e em parte da literatura a convicção de que reformas eram necessárias e urgentes. A liberalização ocorrida com a redemocratização teria produzido regras “ultraconsociativas” (Couto, 1997), dificultando a formação de governos estáveis e eficientes para a implementação de uma agenda de governo.

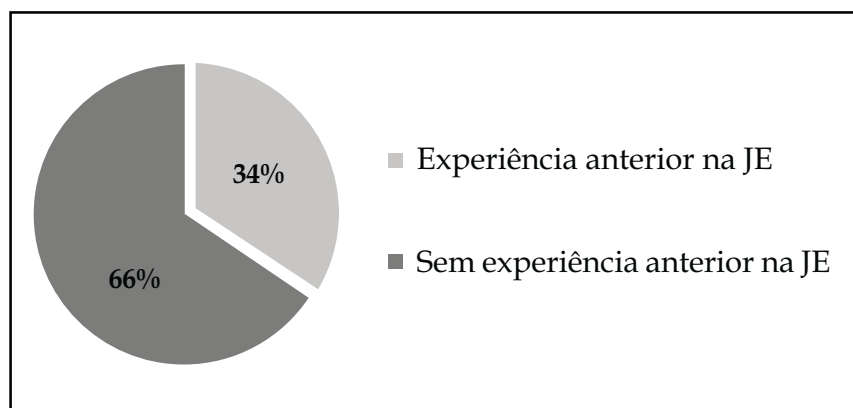
Tem-se debatido a reforma política desde o término da Constituição de 1988 e pouco foi aprovado de mudanças substantivas na competição político-partidária. Desses longos anos de debate sem profundas transformações nas regras do jogo veio a conclusão de que ou o Legislativo era inoperante ou não havia disposição concreta para realizar as mudanças que ele próprio debatia.

Nesse cenário emergem um TSE e um STF dispostos a aprovar mudanças substanciais. Se há inoperância no Legislativo, a presença de um agente externo poderia contribuir para tirá-lo da inércia. Se não há disposição concreta no plano político, que o Judiciário então realizasse as mudanças necessárias para corrigir as deficiências do jogo político; deficiências essas, muitas vezes, identificadas pelo próprio Judiciário.

Assim, a partir de 2002, os ministros do TSE e do STF assumiram o papel de protagonistas das reformas políticas valendo-se de uma posição institucional capaz de alterar até mesmo as regras constitucionais.

Uma rápida análise no perfil dos ministros do TSE revela que o modelo adotado para distanciá-los dos interesses políticos e partidários não redundou necessariamente em um sistema com caráter mais técnico do que político.

Gráfico 1: Experiência anterior na Justiça Eleitoral (JE) (1932 – 2015)



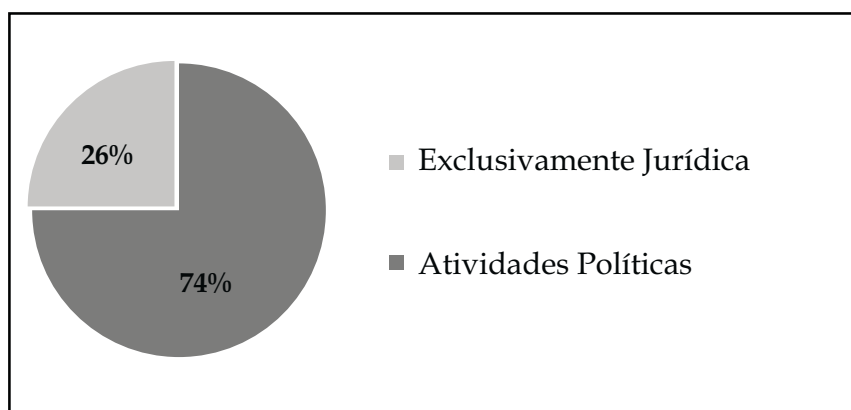
Fonte: Sadek, 1995 (para o período de 1932 a 1995) e elaboração própria (para o período de 1995 a 2015).

Pelo levantamento do perfil de todos os ministros que passaram pelo TSE entre 1932 e 2010, apenas 34% deles tinham experiência anterior nas instâncias inferiores da Justiça Eleitoral. Esse dado pode ser mais um indicador das possíveis deficiências decorrentes do modelo adotado. Além de não contarmos com um corpo de juízes exclusivos, os que atuam na instância máxima da regulação eleitoral o estão fazendo pela primeira vez.

Assumindo que o debate sobre neutralidade política esteja relacionado ao debate sobre fortalecimento do princípio técnico, e que o princípio técnico encontra na especialização terreno fértil para se desenvolver, o afastamento do TSE da política não lhe garantiu a vantagem esperada.

Avançando sobre outros dados é possível medir características no mínimo curiosas sobre o perfil dos ministros do TSE.

Gráfico 2: Experiência anterior (1932 – 2015)



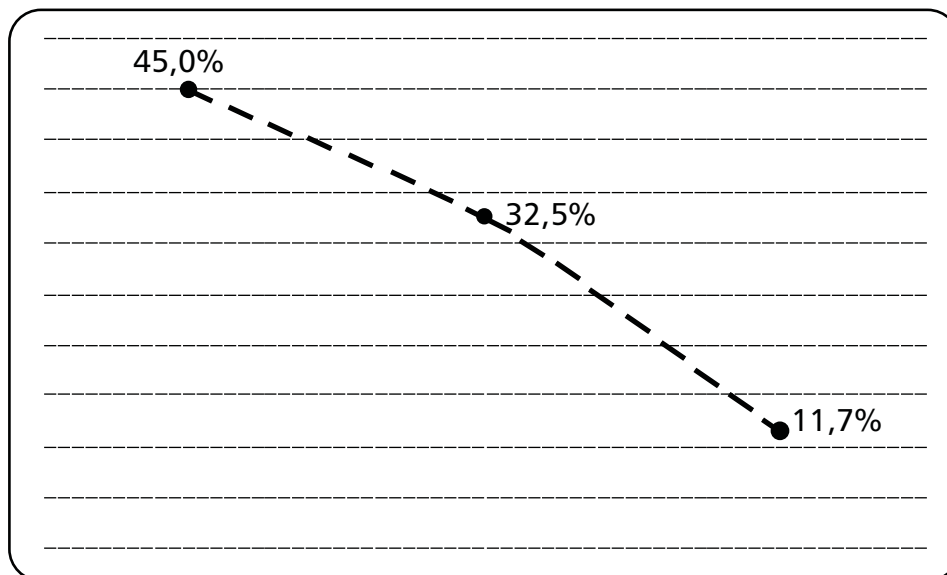
Fonte: Sadek, 1995 (para o período de 1932 a 1995) e elaboração própria (para o período de 1995 a 2010).

A experiência anterior em atividades políticas é quase tão grande quanto a experiência anterior na Justiça Eleitoral. *O afastamento da Justiça Eleitoral dos partidos políticos não significou o seu afastamento da política.* Consideramos aqui atividades políticas não apenas como aquelas decorrentes do exercício de um mandato parlamentar, mas também aquelas obtidas no exercício de cargos de confiança – como é o caso de assumir uma secretaria ou ministério.

A atividade política anterior de seus membros pode ter contribuído para que o TSE tenha assumido essa vocação reformista. É verdade, porém, que tal vocação foi revelada somente muito recentemente. Ao menos quando comparamos a atuação recente do TSE com períodos anteriores à redemocratização, notamos que há hoje – especialmente após 2002 – uma instituição muito mais arrojada em suas decisões.

Os dados abaixo mostram, entretanto, que houve um forte declínio na presença de ministros no TSE com experiências políticas anteriores.

Gráfico 3: Evolução da experiência política anterior dos ministros no TSE (1932 – 2010)



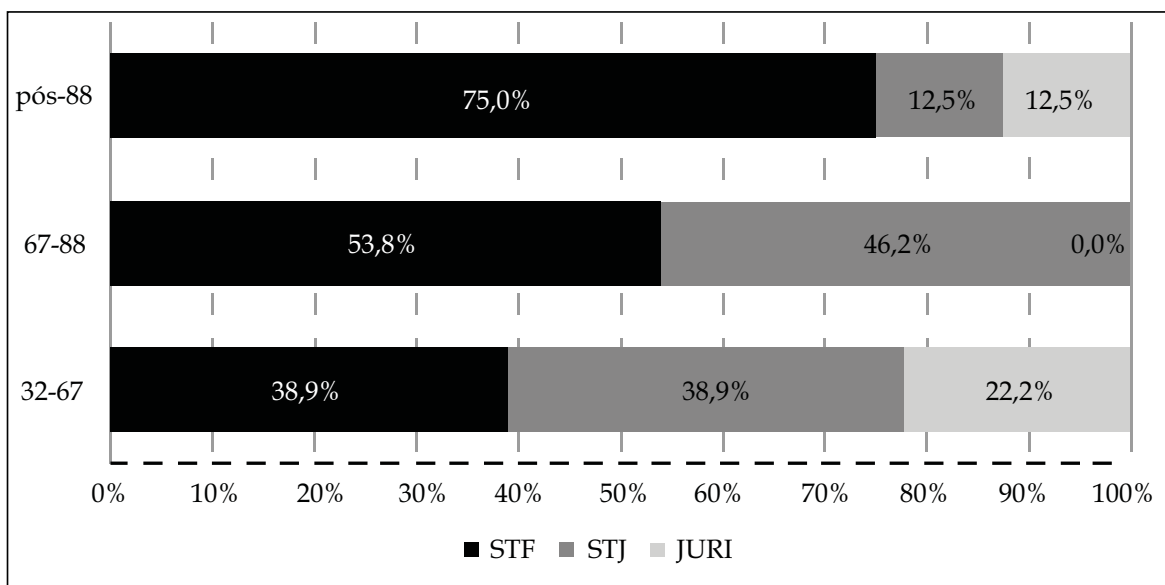
Fonte: Sadek, 1995 (para o período de 1932 a 1995) e elaboração própria (para o período de 1995 a 2015).

A princípio, esses dados refutariam qualquer relação entre o número de ministros com atividades políticas anteriores e o avanço do TSE sobre a reforma política. No período que vai da criação da Justiça Eleitoral (1932) até a Constituição de 1967, 45% dos ministros que passaram pelo TSE tinham experiência política anterior. No segundo período, entre as Constituições de 1967 e 1988, essa proporção caiu para 32,5%. Finalmente, após a redemocratização, apenas 11,7% dos ministros que passaram pelo TSE já tinham assumido alguma cargo político anteriormente.

O problema é que esses dados não revelam onde especificamente houve declínio. Em todas as categorias que compõem o TSE – júri, STJ e STF? Ou haveria diferenças entre elas?

Os dados a seguir demonstram que o declínio esteve presente mais intensamente entre os membros do júri e ministros do STJ.

Gráfico 4: Atividades políticas anteriores: contribuição de cada categoria para o total por período.



Fonte: Sadek, 1995 (para o período de 1932 a 1995) e elaboração própria (para o período de 1995 a 2015).

Dentre os 45% dos ministros com experiência política anterior, entre 1932 e 1967 havia uma distribuição mais equilibrada entre as três categorias (38,9%, 38,9% e 22,2%). O equilíbrio parece ter se mantido entre 1967 e 1988, mas agora apenas entre os ministros vindos do STF e STJ (53,8% e 46,2%, respectivamente). A principal mudança se dá a partir de 1988. A presença de ministros com experiência política anterior se deu basicamente apenas dentre os ministros vindos do STF (75% do total de ministros com experiência anterior).

A conclusão é que, apesar do forte declínio da participação de ministros no TSE com experiência política anterior após 1988, a vivência política ainda permaneceu forte no TSE dado que ela não decresceu dentre os membros vindos do STF.

E como são esses os ministros que detêm o poder central na instituição, como já argumentamos anteriormente, é possível afirmar que as vinculações políticas anteriores auxiliam na explicação do avanço reformista do TSE. Assim, o modelo institucional que fundiu nosso organismo eleitoral às instâncias judiciais pode ter sido eficiente para afastar os interesses partidários da governança eleitoral. Não foram tão eficientes, entretanto, para preservar apenas os critérios técnicos na formação da decisão.

A importante presença de experiência política anterior dentre os ministros do STF que chegaram ao TSE pode ter contribuído para alimentar a vontade de fazer uma reforma política por meio de decisões judiciais.

Diante de tudo o que foi dito nesta conclusão, podemos então afirmar que a judicialização da competição político-partidária tornou-se possível por causa do modelo de governança eleitoral adotado, pois transforma a última instância de nosso organismo eleitoral em um organismo da Corte Constitucional em matéria eleitoral; deu-se em função de uma disposição política dos ministros em reformar a prática da competição política fazendo leis por meio de interpretações judiciais criativas (e não por que a legislação é vaga ou inconstante) e para tanto se valeu da experiência política anterior dos ministros com maior peso no OE – os ministros do STF.

Referências

- BRAGA, M. S. (2006). **O Processo Partidário-Eleitoral Brasileiro: Padrões de Competição Política (1982-2002)**. Humanitas, São Paulo.
- COUTO, Cláudio. (1997). “Agenda constituinte e a difícil governabilidade”. **Lua Nova**, 39, pp. 33-52, 1997.
- DINIZ, Simone. (2000). “As migrações partidárias e o calendário eleitoral.” **Revista de sociologia e política**, 15, pp. 31-47.
- DESPOSATO, Scott. (2006). “Parties for rent? Ambition, ideology and party switching in Brazil’s chamber of deputies.” **American journal of political science**, 50, 1, pp. 62-80.
- FEREJOHN, John. (2002), “Judicializing Politics, Politicizing Law”. **Law and Contemporary Problems**, 65, 3: 41-69.
- FLEISHER, David & BARRETO, Leonardo. (2009). ‘El impacto de la Justicia Electoral sobre el sistema político brasileño’, **América Latina Hoy**, No. 51, pp. 117-38.
- LAMOUNIER, Bolívar. (1988). “O Brasil autoritário revisitado: o impacto das eleições sobre a abertura”. in A. Stepan (ed.), **Democratizando o Brasil**, Rio de Janeiro, Paz e Terra.
- LEHOUCQ, Fabrice. (2002). “Can parties police themselves? Electoral governance and democratization”. **International Political Science Review**. 23: 29-46.
- LIMONGI, F. e CORTEZ, R. (2010). As eleições de 2010 e o quadro partidário. **Novos Estudos**, No. 88, pp. 21-37.
- MARCHETTI, Vitor (2008). Governança Eleitoral: o modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. **Dados**, V. 51, No. 4, pp. 865-893.
- MARCHETTI, Vitor. (2011). A Ficha Limpa no contexto da governança eleitoral brasileira, **Interesse Nacional**, No. 12, pp. 33-42.

MARCHETTI, Vitor. (2013a). *Justiça e Competição Eleitoral*. Santo André, Ed. UFABC.

MARCHETTI, Vitor. (2013b). Reforma política sem políticos: quando decisões do TSE e do STF alteraram as regras eleitorais. In: Daniel Wei Liang Wang. (Org.). *Constituição e política na democracia*. 1ed., São Paulo: Marcial Pons, pp. 91-114.

MELO, Carlos Ranulfo. (2000). "Partidos e migração partidária na câmara dos deputados." *Dados*, 43, 2.

_____. (2003). "Migração partidária na câmara dos deputados: causas, consequências e possíveis soluções." in M.V.Benevides; P. Vannuchi e F. Kerche (org.) **Reforma política e cidadania**, São Paulo, Ed. Fundação Perseu Abramo.

_____. (2007). "Nem tanto ao mar, nem tanto a terra: elementos para uma análise do sistema partidário brasileiro." in C.R. Melo e M.A. Sáez (org.) **A democracia brasileira: balanços e perspectivas para o século 21**, Belo Horizonte, Ed. UFMG.

MOZAFFAR, Shaheen & SCHEDLER, Andreas. (2002). "The comparative study of electoral governance - introduction". *Internacional Political Science Review*. 23: 5-27.

NICOLAU, Jairo. (2004). **Sistemas eleitorais**, 5ª ed., Rio de Janeiro, FGV.

RENNÓ, Lúcio. (2007). "Reforma Política: consensos necessários e improváveis". in C.R. Melo e M.A. Sáez (org.) **A democracia brasileira: balanços e perspectivas para o século 21**, Belo Horizonte, Ed. UFMG.

ROMA, Celso. (2007). "Os efeitos da migração interpartidária na conduta parlamentar." *Dados*, 50, 2, pp. 351-392.

SADEK, Maria Tereza. (1995), **A Justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. São Paulo, Konrad Adenauer.

TAVARES, José Giusti. (1994). **Sistemas Eleitorais nas Democracias Contemporâneas: Teoria, Instituições, Estratégia**. Rio de Janeiro, Relume Dumará.

TAYLOR, Matthew. (2006). "Justiça eleitoral" in L. Avritzer e F. Anastácia (orgs.), **Reforma política no Brasil**, Belo Horizonte, Ed. UFMG.

TAYLOR, Matthew. (2008). "A blind eye and bound hands: electoral courts, the federal judiciary and political accountability". Paper preparado para o Workshop "Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil" na St Antony's College da Universidade de Oxford.