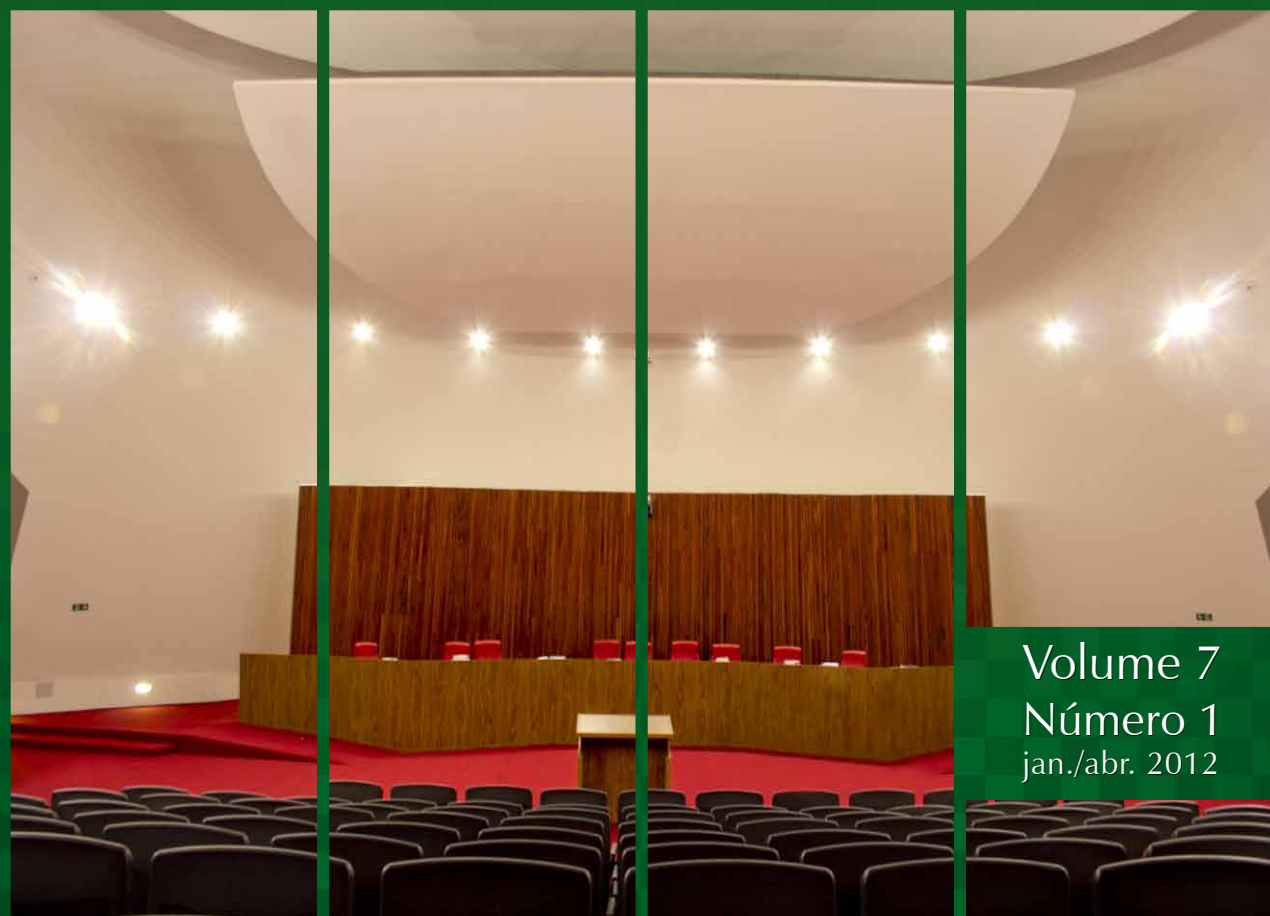




Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais



Volume 7
Número 1
jan./abr. 2012

JURISDIÇÃO ELEITORAL: REFLEXÃO TÉORICO-PRAGMÁTICA BASEADA EM UMA APROXIMAÇÃO AO CASO EUROPEU¹

José Julio Fernández Rodríguez²

Daniel Neira Barral³

Resumo

Discute os conceitos de jurisdição eleitoral, justiça eleitoral e administração eleitoral. Em seguida, define uma tipologia teórica a partir da variável jurisdição eleitoral: a) a inexistência de jurisdição eleitoral; b) a jurisdição eleitoral exercida pela jurisdição ordinária; c) a jurisdição eleitoral é reservada a tribunais eleitorais especializados; d) a jurisdição eleitoral exercida pela jurisdição constitucional. Após destacar os pontos positivos e negativos de cada uma dessas categorias, passa a descrever esses modelos no direito comparado europeu e estabelece um paralelo entre a jurisdição europeia e a latino-americana.

Palavras-chave: Jurisdição eleitoral. Jurisdição eleitoral europeia. Análise DAFO.

Abstract

This article analyses the concepts of electoral jurisdiction, electoral justice and electoral administration. It defines a theoretical typology considering the exercise of electoral jurisdiction: a) the absence of an electoral jurisdiction; b) the ordinary jurisdiction as electoral jurisdiction; c) the electoral jurisdiction reserved to specialized electoral Courts; d) the electoral jurisdiction exercised by the constitutional jurisdiction. After pointing the positive and negative aspects of each model, it describes the organization of electoral systems in European laws and compares the jurisdiction in Europe and in Latin America.

Keywords: Electoral jurisdiction. European electoral jurisdiction. DAFO analysis.

¹ O presente trabalho baseia-se na intervenção de José Julio Fernández no Congresso Internacional de Direito Eleitoral, organizado em São Paulo pela Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral e pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em novembro de 2011.

² Professor titular de Direito Constitucional da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha).

³ Advogado.

1 Introdução

A jurisdição eleitoral deve desempenhar um papel crucial, em termos qualitativos, no processo democrático. Seu correto funcionamento assegura adequados *standards* de qualidade democrática. Pode-se dizer que o princípio democrático está na origem da jurisdição eleitoral: instaura-se uma jurisdição eleitoral para fortalecer a democracia. Na verdade, a democracia exige instituições que desempenhem um papel garantidor e protetor e instituições jurídicas que protejam a adequada densidade axiológica do sistema. Uma delas é a jurisdição eleitoral. Na Europa, apesar da variedade de modelos, importa reputar o resultado global como satisfatório. Entretanto, tal não impede o debate sobre tais modelos, tampouco a perquirição das soluções mais apropriadas para otimização do progresso do Estado democrático. Consignaremos algumas ideias nesse sentido no presente trabalho.

Encontramo-nos ante uma figura complexa, que dificulta as análises generalistas e que aconselha aproximações multidisciplinares. Nesse sentido, indica-se que

la justicia electoral posee una innegable dimensión política, ya que forma parte del vehículo a través del cual se expresa la soberanía popular: los procesos electorales; una dimensión institucional, en la medida que actúa directamente en la conformación de los poderes legislativo y ejecutivo, asumiendo, y paralelamente reduciendo, competencias que tradicionalmente le habían correspondidos a estos dos últimos; y una dimensión garantista, puesto que su función principal es asegurar el sometimiento al Derecho de los poderes públicos (EZQUIAGA GANUZAS, 2006, p. 13).

Apesar da inegável importância, juristas europeus não prestaram atenção a essa figura do passado. Não obstante, hoje a situação mudou e uma arquitetura adequada alicerça a justiça eleitoral para o sucesso da democracia. Ainda assim, devemos evitar recair em exageros que dão uma sensação de panaceia universal. Como Nohlen (2006, p. 141) assinala, “la justicia electoral es necesaria para la democracia, pero no suficiente para su consolidación”.

O contexto cultural e social em que a justiça eleitoral se move na Europa e na América Latina é muito diferente. Para colocá-lo

esquemáticamente, assumindo o risco, portanto, de generalizar demais, na Europa, há plena confiança no sistema eleitoral e na total honestidade dos responsáveis pela sua implementação e controle; em muitos países da América Latina, a situação tende a contrastar pela desconfiança (a tal ponto que, por vezes, justifica milionários gastos com treinamentos para as eleições e sistemas de votação eletrônicos com o fim de atenuar o referido sentimento, despesas impensáveis na Europa, especialmente no contexto da crise hoje). Por outro lado, não obstante a discrepância contextual indicada, as categorias jurídicas utilizadas em ambos os continentes são semelhantes, o que nos permite abordar a questão aqui e agora, adotando uma perspectiva técnico-jurídica.

2 Conceito: delimitação positiva e negativa

Importa, a esta altura, prover o leitor dos limites conceituais mínimos em que operamos, porque, no tocante a essa área, a compreensão de uma forma ou de modo diverso dos conceitos de referência tem condão de gerar graves disparidades de raciocínio. Não há consenso na doutrina científica sobre o conceito de jurisdição eleitoral e conceitos correlatos. Nesta ocasião, passaremos a apresentar um posicionamento que bem reflete o contexto de um jurista europeu. Entende-se a jurisdição eleitoral como a atividade jurisdicional de controle da adequação das eleições à normativa que as regula por meio da resolução das ações e dos recursos estabelecidos para esse fim. Do ponto de vista da *lege ferenda*, tal controle deveria perseguir o correto cumprimento do princípio democrático e de seu substrato axiológico (transparência, objetividade), além da defesa do direito de sufrágio ativo e passivo. Esquemáticamente, poder-se-ia dizer que a jurisdição eleitoral deve garantir eleições livres e honestas (NOHLEN, 2011, p. 319).

Assim, restariam salvaguardadas as possibilidades oferecidas pelo sistema eleitoral democrático e pelo exercício da cidadania: a escolha real e limpa de representantes, com a transparência necessária para realizar verificações exigidas pela confiança no sistema. Do seu caráter jurisdicional, decorre a necessidade de que a sobredita atividade seja levada a cabo por um órgão independente, cujos atos submetam-se ao direito, sob a forma de argumentação jurídica norteadas pelo princípio do contraditório. Igualmente, a prestação jurisdicional deve ser provocada e ter como premissa o julgamento e sua execução.

Distintas da jurisdição eleitoral são as categorias de justiça eleitoral e administração eleitoral. Justiça eleitoral assumiria sentido mais amplo e genérico, compreendendo o conjunto de atividades de supervisão, impugnação e controle das eleições (perspectiva que incluiria não somente a prestação de jurisdição eleitoral, mas também outras atuações de caráter meramente administrativo e/ou político). A justiça eleitoral é um dos elementos que influem no processo político e que assume notória importância. Essa justiça afeta a legitimidade de entrada, mas não a legitimidade de saída do sistema democrático (dependente dos resultados sociais e econômicos). Contudo, “no cabe democracia sin elecciones libres, y no caben elecciones libres sin controles o garantías jurisdiccionales” (EZQUIAGA GANUZAS, 2006, p. 29).

Por sua vez, a administração eleitoral⁴ seria o conjunto de órgãos e autoridades que organizam e supervisionam o desenvolvimento das eleições. Portanto, esse seria um conceito diferente, sempre presente, porque é sempre necessário ter alguém para organizar as eleições. Essa administração é por vezes uma administração especial. Como observado por García Soriano (2005, p. 82), pegando uma ideia de Santolaya Machetti, essa administração especial “aparece cuando se considera que existen insuficiencias o fallos, tanto en términos materiales como de neutralidad, en el poder ejecutivo, en el judicial, o en ambos y por ello resulta necesario crear una administración específica para las cuestiones electorales”. Dessa forma, “ésta será tanto más poderosa e independiente cuanto mayor sea la desconfianza en sus instituciones ordinarias a las que no se considera legitimadas para adoptar decisiones si lo que está en juego es la decisión de quien ostentará el poder en los años siguientes”.

É preciso ter em mente que o alcance desses conceitos (e também na área de jurisdição eleitoral), geralmente, não abrange crimes eleitorais, que são tratados no campo do Direito Penal, substantivo e adjetivo.

⁴ Ela é a verdadeira protagonista jurídica das eleições. Geralmente, tem uma estrutura de vários níveis, como uma pirâmide (mesas, comissões eleitorais territoriais, comissão eleitoral central) e opera sob um modelo hierárquico de modo que a cabeça dá unidade ao conjunto e foco à resolução final dos recursos administrativos. A preparação das eleições requer registro e dar luz verde para os candidatos. A supervisão do desenvolvimento eleitoral leva a fixar seu resultado.

3 Modelos teóricos: tipologia em que se adota como variável a jurisdição eleitoral

Tomando como referência a variável de jurisdição eleitoral, poder-se-ia construir a seguinte tipologia teórica:

- a) inexistência de jurisdição eleitoral;
- b) a jurisdição eleitoral é a jurisdição ordinária;
- c) a jurisdição eleitoral é reservada a tribunais *ad hoc* (tribunais eleitorais especializados);
- d) a jurisdição eleitoral é a jurisdição constitucional.

O modelo b) inclui os casos de tribunais de direito comum e tribunais administrativos pertencentes ao Poder Judiciário.

4 Análise DAFO: aspectos positivos e negativos dos modelos teóricos

O objetivo desta seção não esgota o título do tópico em si, mas foca as questões que nós compreendemos como de maior capacidade explicativa e maior relevância com a operação real dos modelos.

Dessa forma, em seguida, constam alguns aspectos positivos e negativos, considerando-se que vários são discutíveis. Também vários desses argumentos são intercambiáveis, dependendo da perspectiva tomada (ou seja, podem ser pontos fortes ou fracos, conforme o caso).

a) Inexistência de jurisdição eleitoral: essa situação desemboca em um controle político e/ou administrativo.

Aspectos negativos

- As ausências das características da jurisdição reduzem a independência e o rigor das resoluções. Além disso, a qualificação de eleições materialmente assume natureza jurisdicional, razão pela qual não se deve prescindir de um controle da mesma natureza.

- O controle jurisdicional dos atos de poderes políticos pode ser considerado como um princípio próprio do Estado de direito.
- O órgão político envolvido pode ser constituído de juiz e parte, com a tendência de imposição da maioria à margem das considerações ajustadas ao direito. A regularidade de uma eleição pode depender da maioria política (como exemplo, pode-se citar o problema na França, nas eleições de 2 de janeiro de 1956: a assembleia invalidou a eleição de numerosos deputados “poujadistes”, diante do protesto geral – por isso, a Constituição de 1958 encomendou tal controle ao *Conseil Constitutionnel*).

Aspectos positivos

- Sobre o controle político, os critérios de oportunidade política são discricionários e, portanto, dotados de maior flexibilidade e apego à realidade concreta.
- Pode ser argumentado um maior respeito pelo princípio de divisão de poderes: cada órgão do poder público é independente dos outros, por isso não devem ser envolvidos nas decisões próprias dos outros. Assim, seria uma arma defensiva nas mãos do Legislativo frente ao Executivo para assegurar sua autonomia e independência.
- Evita disputas partidárias em âmbito judicial e, por conseguinte, atenua a judicialização da política. A intenção é não danificar o sistema judicial, que do contrário estaria imerso nas lutas políticas dos partidos em detrimento de seu papel principal (a resolução técnica jurídica de litígios).

b) A jurisdição eleitoral é a jurisdição ordinária

Aspectos negativos

- A saturação de processos ordinários pode prejudicar a especialização e a atenção requeridas pelas características do contencioso eleitoral.

- O permanente problema da judicialização da política. O problema pode se agravar quando os responsáveis políticos não procuram acordos ou compromissos. Nesse caso, não querem negociar e levam a controvérsia aos tribunais. Afirmar Ezquiaga Ganuzas (2006, p. 14) que “se suple la falta de legitimidad involucrando al poder judicial” e “no se fomenta una cultura política de diálogo, compromisos y consensos”. “Los jueces se ocupan de conflictos que son de naturaleza política y que deben resolverse en ese ámbito”. “El Derecho no sirve para todo, ni debe ni puede sustituir a la política”.⁵

Aspectos positivos

- Não se fragmenta a unidade da jurisdição, favorecendo-se, assim, a igualdade e a segurança jurídica, fortalecedoras do Estado de direito.
- Semelhança entre o jurídico eleitoral e o jurídico ordinário, ou seja, os critérios de aplicação judicial do direito são similares em seus vários domínios. Igualmente, os juízos de valor e a formação são similares em todos os âmbitos de aplicação judicial do direito.
- A ação de julgar e qualificar materialmente as eleições tem natureza jurisdicional e, em consequência, o exercício de tais atribuições deve corresponder a um órgão jurisdicional, para garantir a autenticidade, regularidade e validade das eleições, ao evitar que os integrantes do órgão envolvido se convertam em juiz e parte ao realizar a qualificação das eleições involucrado se conviertan en juez y parte al realizar la calificación de las elecciones en que contendirão [...] se evita o risco de que a maioria política atue conforme seus interesses políticos e partidários, ignorando considerações de direito e de justiça.

⁵ “En ocasiones, la acusación a los jueces de activismo o, directamente, de utilizar criterios políticos en sus decisiones es consecuencia de la incapacidad de la política de resolver problemas que son exclusivos de su ámbito y que, por tanto, deben solucionarse con criterios políticos y no jurídicos, es decir, con acuerdos, negociación, consenso o juego de las mayorías y las minorías y no por medio de normas jurídicas” (EZQUIAGA GANUZAS, 2006, p. 14).

c) Tribunais eleitorais

Aspectos negativos

- Ruptura da unidade jurisdicional, com possibilidade de aumento de pressões, e comprometimento da igualdade substancial.
- De novo, o permanente problema da judicialização da política e, também, da politização da justiça eleitoral. Há um risco evidente em admitir-se que a composição dos órgãos da justiça eleitoral seja uma questão de primeira ordem política, que faz a justiça eleitoral objeto da política. Esse risco é potencializado ainda mais neste modelo que no modelo de justiça ordinária. Assim, as resoluções podem ser vistas como uma faceta da disputa eleitoral, envolvendo os órgãos judiciais na própria política.
- O debate eleitoral torna-se permanente. Na verdade, os tribunais eleitorais dirimem litígios continuamente, ainda que fora do período eleitoral. Isso causa estranheza à cultura judiciária europeia, onde, em palavras simples, uma vez que passadas as eleições, são resolvidos imediatamente os recursos, e o tema, juridicamente, torna-se pacífico.
- Há um risco de simplificação negativa ou de visão limitada: a democracia reduzida ao eleitoral, ao adjetivo-formal. A dimensão substancial é necessária e indispensável à democracia.
- Por último, o perigo de conflitos com os tribunais superiores ordinários ou com o tribunal constitucional. O tribunal eleitoral tende a se converter em um órgão de justiça constitucional, paralelo ao tribunal constitucional próprio. Não obstante, o intento de assunção de capacidade para o controle de constitucionalidade é disfuncional nos sistemas concentrados de controle de constitucionalidade.⁶ Esse risco pode gerar uma perigosa bicefalia na função de controle de constitucionalidade.

⁶ Não obstante, parte da doutrina defende que o tribunal eleitoral tenha competência para controlar a constitucionalidade das leis. Assim, Ezquiaga Ganuzas afirma que "solo de ese modo podrá cumplir adecuadamente con su carácter de máxima autoridad judicial en materia electoral [...] y sólo así podrá ser un agente activo de consolidación democrática" (*op. cit.*, p. 25). Parece, sem dúvida, uma afirmação exagerada.

Aspectos positivos

- A especialização de ditos tribunais, que pode apreender plenamente as especificidades do contencioso eleitoral. A partir dessa posição, defende-se que os juízes requerem uma formação específica.
- A liberação do Poder Judiciário ordinário das típicas insídias partidárias do mundo eleitoral.
- Completando esta argumentação, Ezquiaga Ganuzas (2006, p. 20) alude a diferenças de ordem material: "la dimensión política de la materia aconseja aislarla de las demás materias más jurídicas [...] los criterios de interpretación son diferentes [...] los juicios de valor con los que deben afrontarse los márgenes legislativos son diferentes".

d) A jurisdição constitucional como jurisdição eleitoral

Aspectos negativos

- Risco de saturar a alta magistratura e de forçá-la a entrar em alguma questão de mera legalidade (irrelevante constitucionalmente).
- Os problemas eleitorais assumem caráter demasiadamente fático, e o juiz constitucional não é um juiz do fático; é um juiz de interpretação do direito (acima de tudo, de interpretação abstrata do direito).
- O contencioso eleitoral é um dispositivo de urgência, que se activa *ad hoc*, em relação a cada concreto processo eleitoral: não persegue uma finalidade de depuração constitucional do sistema eleitoral. Em vez disso, aproxima-se de um controle da legalidade eleitoral.

Aspectos positivos

- O tribunal constitucional deve supervisionar as questões básicas do poder público como guardião da supremacia constitucional (e a temática eleitoral é uma dessas questões básicas do poder público). Assim,

las elecciones son un proceso formal y materialmente constitucional, vinculado a la propia legitimación del Estado

Constitucional como forma concreta de organización de lo social [...] La inclusión en la Constitución de las normas rectoras del sistema electoral encuentra su fundamento primero en el proceso de racionalización de lo político iniciado, con desigual fortuna, por las revoluciones francesa y norteamericana. Racionalización, entendida como positivización de ciertas reglas de convivencia, aceptadas por todos, y no disponibles por la mayoría existente en cada momento (CAAMAÑO, 1997, p. 94).

E, na mesma direção,

la elección parlamentaria es un acto de Derecho Constitucional, a través del cual se constituye el poder político legítimo [...] la calificación electoral se ejerce fuera de la jurisdicción ordinaria y administrativa. El proceso electoral corresponde a un acto específico de creación de un órgano de Estado a nivel federal. Por esta razón, los reclamos no pertenecen al ámbito de la jurisdicción administrativa (NOHLEN, 2006b, p. 6).

Frente à situação na Europa, na América Latina, o habitual é a existência de tribunais eleitorais especializados, tanto autônomos quanto integrados a um ramo especializado dentro do Poder Judiciário.

Há juristas que, pontualmente, têm vislumbrado essa fórmula como “una de las aportaciones más significativas de la región a la Ciencia Política y al Derecho Electoral” (OROZCO HENRÍQUEZ, 1996, p. 5). Talvez se quisesse obter um efeito simbólico que consolidasse a democracia ou o sistema eleitoral. Mesmo que ultrapassasse os obstáculos encontrados em tribunais comuns. Em tempos de transição para a democracia, pode-se permitir a seleção de juízes mais comprometidos com uma questão como a eleitoral, questão tão sensível e estratégica. No entanto, por todas as razões mencionadas acima, nós acreditamos que é melhor o modelo dos tribunais ordinários, complementado com alguns monitoramentos em certos casos pelo tribunal constitucional. Miranda (2003, p. 192), referindo-se a Portugal, embora o faça em uma reflexão que extrapola o escopo do presente estudo, indica que o litígio eleitoral é um litígio constitucional e, portanto, também inclui a opção de confiar no tribunal constitucional. Em sua estrutura, no entanto, não deixa de ser um litígio administrativo *sui generis*.

De qualquer forma, surpreende negativamente como em algum caso americano os tribunais eleitorais e tribunais especializados, competentes para a resolução de litígios relativos às eleições, também organizam as próprias eleições. Ser juiz e parte em um tema tão relevante como a eleição merece uma crítica retumbante concernente ao comprometimento das garantias essenciais do Estado democrático. Também é muito questionável a posição da doutrina minoritária, segundo a qual a justiça eleitoral especializada deve liberar-se da tutela da justiça constitucional (que os tribunais constitucionais não revejam as decisões dos tribunais eleitorais) (SOBRADO GONZÁLEZ, 2009, p. 8-9).

Seja como for, a longa tradição da América Latina de estabelecer jurisdições especializadas fora do Poder Judiciário para decidir certos tipos de casos (laborais, agrícolas, administrativos, militares, eleitorais), sem sujeição ao controle judicial ordinário, levou ao enfraquecimento do próprio Poder Judiciário na região (ROSENN, 1988, p. 1258).

5 Modelos no direito comparado europeu

É preciso ter em mente que os modelos “práticos” não correspondem exatamente aos modelos teóricos, uma vez que existem componentes de hibridismo e mistura decorrentes da própria evolução histórica e contextual de cada Estado. Referido hibridismo explica a presença de elementos de vários modelos teóricos num mesmo modelo prático. Existe, na maioria dos casos, combinação de opções. O exame de alguns países permite-nos estabelecer a seguinte tipologia, própria da realidade do direito comparado europeu (tendo em conta esses elementos híbridos).

De um ponto de vista “clássico”, o controle eleitoral na Europa tinha uma natureza predominantemente político-parlamentária. A assembleia política ostentava a decisão última sobre as controvérsias eleitorais, seguindo o princípio de autocomposição (no Bloco do Leste, na época comunista, estava presente, curiosamente, esse aspecto clássico do parlamentarismo).

Na atualidade, já não existem sistemas dotados de um contencioso eleitoral exclusivamente político, mas, sim, muitos que misturam tal elemento político com outro de natureza jurídica.

De 1604 a 1868, o parlamento inglês assumiu a competência de controle dos resultados eleitorais. Na França, a assembleia exerceu tal competência desde os Estados Gerais do século XVIII até a Constituição de 1958. Procurava-se uma prevenção frente à intervenção do Poder Judiciário, nessa área, com resultado de uma concepção rígida do princípio da separação de poderes. Sobre a influência da Constituição espanhola de Cádiz na América Latina, durante o século XIX, estabeleceu-se um contencioso político.

Na Inglaterra e na França, a alegação de competência exclusiva das assembleias eleitas para verificar os títulos de seus próprios membros foi um momento relevante em seu confronto contra o poder real. Com o início do século XX na Europa, o tema diversificou-se entre a competência parlamentar e jurisdicional. Fernández Segado (1993, p. 66), seguindo a Elía, assinala que isso é

[...] fruto de la aparición de situaciones psicológicas diferentes en diversos países, como podrían ser la seguridad acerca de la irreversibilidad de la victoria parlamentaria en su confrontación con el monarca, o también la conciencia más o menos viva de los abusos a que podría dar lugar la verificación por el propio Parlamento de los poderes de sus miembros.

– Modelo híbrido com jurisdição ordinária

Praticamente todos os países são dotados de um sistema de controle judicializado de uma maneira ou de outra.

Um modelo híbrido político-jurisdicional pode-se encontrar na Itália ou na Suíça. Outros exemplos seriam Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca ou Noruega. Também são casos mistos político e jurisdicional ordinário Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia e Macedônia. Lara Sáenz (2006, p. 306) indica que na Itália existem

recursos, protestas e impugnaciones frente a los órganos electorales (nacionales, regionales y provinciales), finalmente resueltos por las cámaras de Diputados y Senadores, que se erigen en colegios de calificación electoral, y el sistema jurisdiccional que se sigue ante los tribunales administrativos regionales, la Corte de Casación, el Tribunal Constitucional y el Consejo de Estado.

– Misto administrativo-jurisdicional ordinário

Esse modelo pode ser detectado na Europa Central e Oriental.

No entanto, Krystian Complak (p. 130) sustenta, em relação à justiça eleitoral, que o mais óbvio na Europa Central e Oriental é o crescente papel dos tribunais constitucionais. Em oito Estados da região, a última palavra na verificação de poderes pertence a essas instituições. A esse elenco de Estados devemos adicionar os países em que os tribunais retêm uma virtual potencialidade – devido à introdução do recurso de amparo constitucional – como é o caso de Hungria, Polônia e Rússia. Também receberam alguns poderes nesse domínio os tribunais da Lituânia e da Ucrânia.

Mas o verdadeiro poder em matéria eleitoral pertence ao Judiciário. Não há nenhum país em que não haja a possibilidade de se recorrer dos atos eleitorais perante os tribunais de direito comum. É verdade que a justiça eleitoral na Europa Central e Oriental está passando por um período de grandes mutações. Seus diversos modelos básicos são atualmente difundidos na região. No entanto, todos esses modelos são vinculados aos tribunais de direito comum e à administração eleitoral. Um caso peculiar é a Polônia, com o controle concentrado no Supremo Tribunal de Justiça.

– Proeminência da jurisdição constitucional na decisão dos meios de impugnação eleitorais

Podem-se citar Áustria, França, Grécia, Portugal e parte de Europa do Leste (Albânia, Bulgária, República Checa, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Moldávia, Romênia).

Com respeito a Portugal, assinala Miranda (2003, p. 192) que a disputa política eleitoral é um contencioso constitucional, o que permite compreender a opção de confiar no tribunal constitucional (na sua estrutura, no entanto, continua a ser um contencioso administrativo porque decorre de uma atividade administrativa e porque os chamados recursos eleitorais seguem essencialmente o processo de ações de contencioso administrativo). Prossegue afirmando que as disputas eleitorais devem responder à demanda tripla: garantir os direitos fundamentais de eleger e ser eleito, garantir a periodicidade das eleições e da renovação dos titulares dos órgãos nos prazos constitucionais e legitimar os resultados das eleições.

Na Alemanha, seria um caso misto político e jurisdicional constitucional (o exame dos recursos é feito em primeira instância pelo próprio parlamento, após a sua própria escolha, e em segunda instância pelo tribunal constitucional federal). O tribunal constitucional da Alemanha influenciou poderosamente o sistema eleitoral alemão. O prestígio do Tribunal de Karlsruhe ajudou (analisou o princípio de igualdade de voto – problemático na Alemanha pela coexistência do sistema proporcional e majoritário, BVerfGE 95, 335 –, de acordo com a ideia de representação proporcional personalizada; também a barreira legal em um sistema proporcional, possível dentro de uns limites, BVerfGE 1, 208; os mandatos excedentes, BVerfGE, 95, 335; ou a cláusula de mandatos mínimos). Assim, afirma-se que a eleição parlamentar é um ato de direito constitucional, que constitui o poder político legítimo, premissa máxima que leva a três conclusões: primeiro, que a qualificação eleitoral é exercida fora da jurisdição ordinária e administrativa; em segundo lugar, que a qualificação eleitoral tem como principal objetivo a proteção da constituição do órgão representativo, o parlamento; e a terceira, que prevalece como segundo objetivo a defesa da validade da eleição e da conservação do ato eleitoral, o que significa restringir os direitos e as possibilidades dos cidadãos de fazer valer suas reclamações e recursos no processo de qualificação eleitoral. O efeito de uma irregularidade sobre a composição do parlamento é o maior critério para julgar sobre a reclamação ou queixa (NOHLEN, 2006b, p. 6-7).

Não há dúvida de que existe uma tendência nos últimos anos na Europa consistente em confiar ao órgão de justiça constitucional a competência do contencioso eleitoral, dadas as características próprias de um tribunal constitucional. A fisionomia de tal processo varia de caso para caso, uma vez que varia o tipo de eleições controladas (presidenciais, legislativas e locais), o momento da intervenção (antes ou depois da eleição) e a extensão do controle (condições de elegibilidade ou regularidade das operações eleitorais).

Também por meio do processo de amparo constitucional (uma ação extraordinária de defesa de direitos fundamentais) ocorre controle eleitoral. Os direitos eleitorais (direito de sufrágio) pertencem à classe dos direitos protegidos pelo amparo. Às vezes, há no mesmo país o processo específico de controle eleitoral e o processo de amparo (Albânia, República Checa, Croácia, Eslováquia, Eslovênia). Em outros casos, o

recurso de amparo é o único mecanismo de defesa dos direitos eleitorais ante os tribunais constitucionais (Hungria, Polônia, Rússia).

Na Grã-Bretanha, os juízes ordinários são competentes para decidir em sede de tais meios de impugnação. E elo desde 1868, quando o juízo das eleições deu-se a dois juízes da *King's Bench Division* da *High Court of Justice*. Como é sabido, o específico sistema da Grã-Bretanha fez importantes os poderes assumidos pelos tribunais, já no século XVII. No entanto, no mesmo século, forjaram-se o princípio da supremacia parlamentar e a absorção de poderes soberanos pela assembleia. Mas a soberania parlamentar parece entrar em conflito com a independência dos tribunais, embora, na prática, ela seja respeitada (GONZÁLEZ OROPEZA, 2006, p. 531 e ss).

A Espanha apresenta um forte caráter misto ao consagrar controle administrativo e controle jurisdicional, tanto ordinário quanto constitucional. Por essa razão, catalogamos esse sistema à parte. Por conseguinte, existe na Espanha um sistema de garantias mais complexo e mais amplo que o habitual no direito comparado. Os distintos e especializados processos, em distintos níveis jurisdicionais, representam um risco para a garantia de um critério unitário de interpretação.

Assim, na Espanha, podem ser usados os recursos administrativos ordinários: *recurso de alzada*, *recurso de reposición*, *recurso de revisión*. E também recursos administrativos específicos no âmbito eleitoral: recurso contra atos da administração dos meios de comunicação públicos para garantia do pluralismo e da neutralidade informativa; recurso contra a distribuição das mesas eleitorais; recurso contra o escrutínio geral; recurso contra a atualização do cadastro (recenseamento) eleitoral; contra a retificação do cadastro (recenseamento) em período eleitoral; contra as cifras globais do recenseamento. Além disso, temos recursos ante a jurisdição ordinária: recursos ordinários de índole contencioso-administrativa. Também recursos jurisdicionais específicos no âmbito eleitoral: recurso contra a atualização ordinária do recenseamento eleitoral, recurso contra a retificação extraordinária do recenseamento em período eleitoral; recurso contra a proclamação dos candidatos, recurso contra a proclamação dos candidatos eleitos (este é o denominado recurso contencioso-eleitoral), recurso contra a proclamação de candidaturas de um partido ilegal, recurso contra os resultados provinciais de *referendum*. Esses recursos, nas eleições locais e regionais, resolvem-nos os tribunais

regionais (tribunais superiores das comunidades autônomas), nas eleições europeias e gerais, o tribunal supremo. Não se deram todos os poderes nesse âmbito ao tribunal supremo por temor a que restara bloqueado. No entanto, perdeu-se a oportunidade de unificar a doutrina (que na esfera administrativa a unifica à *Junta Electoral Central*). E, finalmente, existem recursos ante o tribunal constitucional: recurso de amparo com certas características específicas (sobretudo tramitação sumária e acelerada); recurso de amparo eleitoral contra a proclamação de candidatos e recurso de amparo eleitoral contra a proclamação de candidatos eleitos. Também poderia ser usado o recurso de amparo ordinário.

Em suma, na Espanha, resulta difícil garantir um critério único para interpretação do direito eleitoral. Por elo, critica-se a existência dos processos diferentes e especializados que conhecem uma pluralidade de órgãos judiciais, às vezes de jurisdições diferentes (CAAMAÑO, 1997, p. 101).

Também existe um tipo de sistema misto caracterizado pela presença de órgãos de composição não exclusivamente judicial. Um exemplo poderia ser a Suécia.

6 Desafios da jurisdição eleitoral europeia

Chegando aqui, é necessário referir as questões pendentes e as estradas que passam no futuro. Tudo isso pode ser resumido em uma série de desafios.

Em primeiro lugar, temos a necessidade de consolidar de maneira definitiva a democracia em alguns países do antigo Bloco do Leste. A consolidação democrática ocorre dentro de uma cultura que respeite os direitos e a tolerância. Assim, as funções da lei eleitoral podem ser preenchidas: a função garantidora, a função conformadora e a função legitimadora e integradora. Em outras partes do mundo, a justiça eleitoral poderia servir como um fator de inclusão política das mulheres, dos indígenas ou dos portadores de necessidades especiais. Na Europa, esses problemas não existem com intensidade, assim não é necessário que a justiça eleitoral assuma o papel de inclusão política ou de ativismo.

Também, atualizar a defesa dos princípios democráticos (pluralismo, transparência, participação, liberdade) em uma época em

que surgem novas legitimidades e emerge uma crise institucional e de representação. No marco da justiça eleitoral, a jurisdição eleitoral deve conectar-se com o peculiar contexto sociopolítico. A democracia participativa não é substituta da democracia representativa, mas, sim, um complemento.

Além disso, a justiça eleitoral tem condições para ser fonte de legitimidade de entrada (*input legitimacy*) do sistema democrático. O rigor das suas resoluções ajudará a esse respeito.

Outro desafio da justiça eleitoral é ir além do papel secundário ao qual está relegada em grande parte pela proeminência da administração eleitoral no âmbito do controle das eleições. Essa administração intenta garantir a transparência e a objetividade do processo eleitoral e trata de assegurar a igualdade. No entanto, a justiça eleitoral pode fornecer elementos de maior rigor jurídico que pacificam os conflitos.

Também é necessário superar os problemas relativos à falta de unidade interpretativa do direito eleitoral devido à intervenção de mais de uma ordem jurisdicional. Isso é recomendado para a segurança jurídica, que é prejudicada por essas discrepâncias.

Compensar, de certo modo, a excessiva atenção ao direito eleitoral objetivo, que se dá em detrimento do direito eleitoral subjetivo. Assim, na Alemanha, como já foi dito, é característico orientar a qualificação eleitoral para a proteção desse sentido objetivo. Com efeito, é garantido o parlamento eleito, isto é, a validade do ato eleitoral ante irregularidades alegadas, e não o estudo da validade da eleição como cumprimento de todos e cada um dos requisitos legais. A esse respeito, Nohlen (2006b, p. 8) afirma claramente:

El procedimiento de calificación electoral [...] tiene como objetivo la protección del Derecho Electoral Objetivo, es decir, de la validez y garantía de la composición legal del Parlamento. El objetivo no es la protección de los derechos subjetivos [...] es necesaria la demostración efectiva de la influencia concreta de una irregularidad sobre el resultado electoral específico [...] este criterio es extremadamente excluyente.⁷

⁷ Esta relevância para a distribuição dos escanos (ou *mandatsrelevant*) provoca que o importante é o efeito sobre a composição do parlamento. O sistema alemão funciona bem do ponto de vista da eficiência e economia. No entanto, juridicamente, é criticada a desatenção do direito eleitoral subjetivo.

Da mesma forma, um desafio é ir em busca de uma democracia substancial ou material, além de um entendimento formal de democracia. Contudo, atenção para evitar o permanente perigo da judicialização da política e da politização da justiça eleitoral. A sua imparcialidade significa *self restraint* judicial e não tomar parte da luta e polêmica política. Manter a independência a todo custo, aumentando a confiança da opinião pública. Em suma, buscar o adequado equilíbrio entre o direito e a política.

Todos esses desafios serão superados cumprindo as virtudes judiciais que permitem a independência e a imparcialidade (honestidade, prudência, coragem, sentido da justiça). Qual é o caminho certo para adquirir essas virtudes? Predisposição, formação adequada, experiência, independência de espírito, sujeito à Constituição e à lei.

7 Conclusões

A jurisdição eleitoral se encontra consolidada na Europa, razão pela qual se pode afirmar que seu labor tem contribuído para o Estado democrático e para a geração de confiança da opinião pública. Assistiu-se, de uma perspectiva diacrônica, a uma progressiva judicialização dessa matéria, que em alguns casos chega a ser plena. Como resultado, dos atores políticos exigiu-se que empregassem argumentações jurídicas nas impugnações eleitorais, para além da simples mobilização política. Essa jurisdição introduz elementos de objetividade e imparcialidade na resolução de controvérsias, razão pela qual o juízo de valor sobre ela é certamente positivo.

A jurisdição eleitoral na Europa adotou a cultura judiciária europeia no que diz respeito ao patrimônio eleitoral do velho continente. A Comissão de Veneza do Conselho da Europa refere-se a esse patrimônio europeu eleitoral e o coloca no sufrágio universal, igual, livre, direto e secreto.

No entanto, seu papel (ressalvadas algumas intervenções de certos tribunais constitucionais) é secundário em relação ao desempenhado pela administração eleitoral no âmbito da supervisão do desenvolvimento das eleições, embora, quando surjam denúncias de irregularidades, passe a jurisdição a ocupar o centro da atenção jurídica e midiática.

A diferença significativa entre a jurisdição eleitoral europeia e a latino-americana é o contexto, imposto pelas diferentes condições socioculturais e econômicas, assim como pela própria evolução histórica. Isso se traduz em diferentes níveis de confiança em relação ao sistema democrático. Essas diferenças recomendam, por exemplo, que o juiz eleitoral na Europa autolimite-se e o juiz eleitoral em algum país americano seja mais intervencionista ou ativista. Nohlen acrescenta ainda que “la confianza en el correcto procedimiento del acto electoral depende de un sinnúmero de variables que se podrían diferenciar entre factores de cultura política, instituciones públicas y experiencias históricas” (NOHLEN, 2006b, p. 17).

Mas não é admissível cair no dogmatismo estéril: esperemos que o caminho aberto em cada país com base em características contextuais sirva para alcançar uma sociedade democraticamente avançada e justa, mas caso falhe, que haja capacidade de reação para reformar as suas instituições de controle. O direito comparado sempre fornecerá exemplos de onde extrair utilidade. Como afirmava André Malraux, pensar é comparar.

Referências

CAAMAÑO, Francisco. Elecciones y tribunal constitucional: ¿una intersección no deseada? *Revista de las Cortes Generales*, n. 41, 1997, p. 94.

COMPLAK, Krystian. Sistemas de justicia electoral en la Europa Central y Oriental. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 36/37, Valencia, p. 130.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Justicia, justicia electoral y democracia. *Vniversitas. Revista de Ciencias Jurídicas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, n. 112, jul./dez. 2006, p. 13.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en el ordenamiento electoral español. Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Federal Electoral*, n. 3, 1993, p. 66.

GARCÍA SORIANO, María Vicenta. *Elementos de derecho electoral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Orígenes y justicia electoral. In: *El contencioso y la jurisprudencia*

electorales en derecho comparado. Un estudio sobre veintiún países de América y Europa. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, DF, 2006, p. 531 e ss.

LARA SÁENZ, Leoncio. Estudio comparado sobre el contencioso y la jurisprudencia electoral italiana. In: *El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado. Un estudio sobre veintiún países de América y Europa*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 306.

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III. Direito eleitoral, direito parlamentar*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2003.

NOHLEN, Dieter. *Institucionalismo contextualizado*. Porrúa, México, 2006a.

_____. La calificación electoral en Alemania Federal. In: *El contencioso y la Jurisprudencia electorales en derecho comparado. Un estudio sobre veintiún países de América y Europa*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006b, p. 6.

_____. *La democracia, instituciones, conceptos y contexto*. UNAM, México, DF, 2011.

OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Los sistemas contenciosos electorales en América Latina. Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Federal Electoral*, México, v. 5, n. 7, 1996, p. 5.

SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio. La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina. *Revista de Derecho Electoral*. Tribunal Supremo de Elecciones, Costa Rica, n. 7, 2009, p. 8-9.

ROSENN, Keith S. The Protection of Judicial Independence in Latin America. In: *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*. UNAM, México, DF, 1988. t. 2, p. 1258.