

2

A Justiça Eleitoral e o processo democrático

2.1.

A importância da Justiça Eleitoral no aperfeiçoamento do processo democrático

A Justiça Eleitoral vem enfrentando grande dificuldade na busca por seu ideal, referente ao aperfeiçoamento democrático. Destacam-se, entre as referidas dificuldades, a complexidade e a fragilidade do ordenamento jurídico atual, o que torna necessária a integração da legislação eleitoral, a fim de tornar-se compatível com o ideal da participação político-jurídica da comunidade.

José Augusto Delgado, ao analisar as dificuldades enfrentadas pela Justiça Eleitoral para atingir a sua missão, explica:

Entre os obstáculos existentes, identifico a enfrentada pelo Estado Contemporâneo e, conseqüentemente, pela Justiça Eleitoral, como poder, relacionada com a crise das instituições, no momento em que várias delas apresentam e desenvolvem as suas atribuições em desconformidade com os anseios do homem do final do século XX e que se prepara para enfrentar os desafios que lhes serão apresentados pelo século XXI⁹.

Ao lado do necessário aperfeiçoamento da norma eleitoral, ressalta-se como um obstáculo difícil de transpor, aquele relacionado ao distanciamento da sociedade do processo político.

O Brasil não conseguiu, ainda, vivenciar uma atividade plena de cidadania, sem a qual não se tem a inteireza democrática de um sistema político de vida, como lembra Carmem Lúcia A. Rocha.¹⁰

Outra dificuldade enfrentada pela Justiça Eleitoral é a que se refere ao abuso do poder econômico, nas eleições, o que não caracteriza apenas a sociedade

⁹ DELGADO, José Augusto. *A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da Democracia*. Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 7, p. 38-48, 1994.

¹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. 27 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

contemporânea, tendo sido objeto de estudo e discussão ao longo dos anos. Rousseau cuidou da interferência do poder econômico na formação da vontade política, quando o voto secreto passou a ser exercido como tentativa de impedir a infidelidade dos funcionários: “Quando porém o povo se corrompeu e se passou a comprar os votos, tornou-se mais conveniente dá-los em segredo para conter os compradores pela suspeita e fornecer aos velhacos um meio de não se tornarem traidores”.¹¹

Importa, então, trazer a definição do abuso do poder econômico, segundo Sídia Maria Porto:

O abuso do poder econômico na seara eleitoral, nada mais representa do que a extrapolação do direito de uso dos recursos financeiros, próprios e de terceiros, por parte de candidatos e partidos políticos, com o objetivo de desequilibrar a disputa de cargos eletivos, de modo que as escolhas sejam efetuadas pelo eleitorado, não como consectário da superioridade intelectual dos eleitos, ou qualquer outro atributo racionalmente observado, mas como consequência direta da superioridade econômica dos eleitos ou de quem os apóia.¹²

É necessário que os detentores do poder tenham um olhar mais atento para tal fenômeno e possam, assim, tomar as corretas decisões, bem como adotar mecanismos eficazes e efetivos para o seu enfrentamento.

O modelo institucional de organização do sistema eleitoral brasileiro caracteriza-se por ter a Justiça Eleitoral como órgão especial do Poder Judiciário, ao qual compete a administração do processo eleitoral e a resolução do contencioso eleitoral.

Assim, a Justiça Eleitoral vem procurando aperfeiçoar-se como instituição constitucional. Para isso, utiliza a sua função normativa, ainda que limitada, ao responder às consultas sobre matéria eleitoral ou expedir instruções, com força de lei, para a fiel execução do Código Eleitoral. Também emprega mecanismos facilitadores do processo eleitoral, como o de informatização do processo eleitoral, com a introdução das urnas eletrônicas, no ano de 1996, ou dos processos de registro de candidatura e de prestação de contas.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. de Antônio de Pádua Dadesi., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 145.

¹² LIMA, Sídia Maria Porto. *Prestação de contas e financiamento de campanhas eleitorais*. Curitiba: Juruá, 2005.

Além da analisada função integradora da Justiça Eleitoral, ressalta-se a importância da independência que lhe foi conferida, no aspecto normativo, para disciplinar o processo eleitoral, mediante a edição de instruções, por intermédio de seu órgão máximo, o Tribunal Superior Eleitoral, competência disciplinada no art. 23 do Código Eleitoral, que prevê:

Art. 23. Compete ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:
IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste código.

E ainda, pelo art. 105 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece:

Art. 105. Até o dia 05 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta lei, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.

E, por fim, destaca-se a função regulamentadora da Justiça Eleitoral, como instrumento apto a facilitar a execução dos atos eleitorais e complementar a atuação do Poder Legislativo.

Malgrado a referida atuação da Justiça Eleitoral, a sua missão institucional, como instrumento potencializador do aperfeiçoamento democrático, para ser concretizada, precisa passar pela implantação de importantes transformações, não só no exercício da função jurisdicional nos feitos eleitorais, como também na administração de todas as fases do processo eleitoral, de forma a tornar mais eficiente a sua atuação e aumentar a sua credibilidade junto à população.

2.1.2.

A democracia participativa como instrumento legitimador do processo eleitoral

A busca pela inteireza democrática não passa somente pela atuação da Justiça Eleitoral, no processo eleitoral, mas também pela mudança na concepção e atuação da sociedade, com a participação mais ativa e consciente dos cidadãos nas

questões políticas, além de uma maior integração nos processos de deliberação pública.

O caminho a ser trilhado para a conquista do ideal democrático não tem uma única via, pois não se pode falar em processo eleitoral sem lembrar a cidadania e a participação popular, que se constitui em princípio ativo da democracia, seu imperativo fático, seu pressuposto constitucional, como lembra Rocha¹³. Não se pode também falar em democracia sem processo eleitoral, como ressalta O'Donnell¹⁴, ao considerar importante a atuação dos tribunais eleitorais, para garantir eleições limpas e que os países sejam considerados poliarquias.

A democracia direta ateniense, com o diálogo *face to face* tornou-se inviável, devido à complexidade das relações sociais, além da ocorrência de problemas diversos, como o domínio da arena política por fatores técnicos que os cidadãos não dominam, o que não permitiu a entrega das decisões ao cidadão comum. Tornou-se, então, indispensável o exercício do poder, por meio de representação decisional.

Para Adrian Sgarbi:

Numa perspectiva futurista – e também generosa – há quem faça referências a um retorno à democracia direta por intermédio da informática, fazendo surgir uma Ágora mecânica no novo milênio em substituição ao exercício *face to face* dos antigos tendo em vista que consideram serem coisas diferentes a opção por um modelo de democracia (p. ex: sem intermediários= direta) e as técnicas empregadas para tornarem o modelo realizável (p. ex: voto com mãos erguidas ou computadores residenciais).¹⁵

A democracia representativa atual é fundada no pluralismo partidário e político, dependendo a legitimidade do sistema da lisura do processo eleitoral. Esta só pode ser alcançada com a isenção do processo dos vícios: do abuso do poder econômico, da fraude e da corrupção.

Necessário que seja observado o princípio da igualdade jurídica dos partidos e candidatos, por meio da igualdade de oportunidades de participação no processo

¹³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O processo eleitoral como instrumento para a democracia*. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. 27 mar. 1998. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

¹⁴ O'DONNELL, Guilherme. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Revista Lua Nova de Cultura e Política n. 44, São Paulo, p. 27-52, 1998.

¹⁵ SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

de formação da vontade popular, expressada nas eleições, para a configuração do pluralismo político e partidário.

Para Dworkin:

A liberdade de expressão também ajuda a proteger a igualdade dos cidadãos. É essencial à democracia co-participativa que os cidadãos sejam livres, em princípio, para expressar qualquer opinião relevante que tenham, por mais que tais opiniões sejam rejeitadas, odiadas ou temidas pelos outros cidadãos (...).¹⁶

O autor não defende uma democracia majoritária e justifica que a pressão a favor da censura das democracias contemporâneas é exercida não por uma tentativa oficial, mas sim por uma maioria de cidadãos que querem silenciar a minoria. Argumenta o autor que se o desejo da maioria prevalece e não se dá o direito do concidadão de expressar suas idéias, este não é um igual na competição pelo poder.

Os regimes democráticos, quase sempre, resumem a democracia à participação popular periódica nas eleições, por meio do sufrágio. Entretanto, a liberdade política pressupõe outros aspectos, além dos formalmente estabelecidos, como a liberdade de escolha dos representantes pelo corpo eleitoral, sem a contaminação por fatores externos ilegítimos, com o claro objetivo de macular a liberdade do eleitorado, dentre os quais, se destaca o abuso do poder econômico por parte dos candidatos e partidos.

O sistema eletivo não gera necessariamente uma identidade entre governantes e governados. Mas o povo, apesar de não governar, pode, por meio das eleições, destituir aqueles representantes que não condizem com sua orientação. Cabe aos cidadãos escolher aqueles que vão exercer o poder.

Pondera Rocha¹⁷ que, apesar de o Sistema Jurídico do Estado Brasileiro basear-se num conjunto de princípios democráticos e de estar comprometido com a soberania popular, há uma dissociação entre o sistema normativo fundamental e as realidades social e política vivenciadas. O que se põe como realmente grave é a ausência de fundamento da experiência da cidadania que se anota a partir daí.

¹⁶ SGARBI, *O referendo.....*, 1999.

¹⁷ ROCHA, *O processo eleitoral como ...*, 1998.

O sistema representativo é reconhecido como o meio mais eficaz de legitimar o exercício do poder conferido. Mas o que se verifica, na prática, é a falta de correspondência da vontade popular com a efetivação das medidas tomadas pelos representantes, que quase sempre são adotadas visando não ao bem comum, mas a interesses privados ou de classes privilegiadas.

Para Bernard Manin “o que estão atualmente em declínio são as relações de identificação entre representantes e representados e a determinação da política pública por parte do eleitorado”.¹⁸

A participação de cidadãos ativos e bem informados é a chave para a construção da cidadania. A sociedade deve participar do processo político de forma crítica e impositiva, seja atuando por meio dos instrumentos diretos de participação popular, seja provocando o funcionamento das agências competentes.

A atuação da sociedade civil requer a disponibilização de instrumentos efetivos que possibilitem uma real participação. Dentre esses instrumentos, inclui-se não somente o acesso às informações dos gastos públicos, desde os gastos com as campanhas eleitorais até os relativos à execução da despesa pública e a realização das receitas, como também a utilização dos institutos de participação política, conjugada com o plebiscito, o referendo ou as consultas populares.

Para Jean-Jacques Rousseau, quanto mais um Estado é bem organizado, mais os cidadãos se ocupam de questões ligadas ao bem comum e menos de questões de interesse particular. Por isso, a representação popular significava a negação da soberania do povo. Os mandatários tornam-se, fatalmente, prevaricadores e passam a atuar contra o interesse do mandante. Os eleitos confiscam o Estado e substituem-se ao povo. “A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que ela não pode ser alienada”. Ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não se representa; ela é a mesma, ou é a outra, não há meio termo.” Segundo o autor, os deputados do povo não são, nem podem ser, seus representantes. Eles são apenas seus comissários e nada podem concluir definitivamente.¹⁹

¹⁸ MANIN, Bernard. *As metamorfoses do governo representativo*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 10, n. 29, p. 5-34, out. 1995.

¹⁹ Ibid.

É inegável que a democracia hodierna, independente do tamanho da sociedade política, necessita da instituição de um sistema de decisões populares diretas, que resolva as questões coletivas e estabeleça diretrizes vinculantes para os órgãos do governo.

A democracia deve existir em função de uma ética própria, em torno de valores fundamentais. E é a prática democrática, formada pelos costumes do povo, que vai definir esses valores.

Então, os costumes, como diz Montesquieu, não se constituem nem se reformam por lei, mas nascem e se aperfeiçoam por obra da educação. Não há meio mais seguro de defesa da instituição de uma democracia do que a sua formação no seio do povo, com a cidadania ativa, através da participação popular permanente nos assuntos do governo, e o respeito dos direitos humanos.

2.2.

A complexidade do ordenamento jurídico atual em face da intervenção judicial no processo democrático

A judicialização da política é um fenômeno que vem marcando as sociedades contemporâneas. Apresenta, segundo a literatura, dois componentes:

Primeiro: Um novo “ativismo judicial” isto é, uma nova disposição de tribunais judiciais, no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais e Segundo: o interesse dos políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações.²⁰

A expressão judicialização da política foi, assim definida por Tate e Vallinder:

“Judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a

²⁰ CASTRO, Marcos Faro. *O supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

Constituição. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes.”²¹

Questiona-se o caráter antidemocrático da interferência do Judiciário na esfera dos demais poderes. Cumpre esclarecer que os tribunais, ao possibilitarem o amplo acesso ao processo judicial, estão contribuindo para a representatividade do sistema político e legitimando o processo democrático. A participação do Judiciário, por si só, não pode ser considerada uma ameaça aos princípios democráticos, mas somente quando tomada segundo seu grau de atuação, já que o ativismo extremado por parte dos juízes pode ser considerado não como uma judicialização da política, mas como uma politização da Justiça.

Garapon²² enxerga de forma positiva a transformação da Justiça em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática, mas deixa claro que o mundo político não pode ser substituído pelo jurídico e alerta sobre as conseqüências de um uso excessivo das prerrogativas constitucionais do judiciário, ou seja, um possível “governo de juízes”.

Dworkin²³ defende a atuação do Poder Judiciário, de forma que a interpretação do juiz deve ser “constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura jurídica”. O autor não acredita que a atuação do Judiciário põe em risco a democracia.

O Poder Judiciário passa a garantir a inclusão de grupos excluídos no sistema político, de forma a expressar as suas expectativas de direito e assegurar os direitos e liberdades individuais, assumindo um papel de intérprete da norma e de viabilizador da vontade popular.

²¹ TATE & VALLINDER apud. CARVALHO, Ernani Rodrigues. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia e Política n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

²² GARAPON apud CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa Elias. *Judicialização da Política: Um tema em aberto*.

²³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo. Martin Fontes, 1999.

Destaca-se o entendimento de Cittadino:²⁴ no sentido da expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática e do compromisso do Poder Judiciário com a soberania popular. A autora justifica a idéia de que o processo de judicialização da política possa sugerir “de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras”, com a busca da concretização dos direitos individuais e/ou coletivos, no âmbito dos Tribunais, como forma de participação no processo político. Salaria a necessidade da abertura do Judiciário aos cidadãos, não podendo deixar de dar uma resposta às suas demandas, quando provocado.

Cittadino²⁵ ressalta que o processo de judicialização da política é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, marcadamente positivista, voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada e da ascensão de um constitucionalismo comunitário marcado por uma estruturação normativa de valores, com uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em função da integração dos indivíduos no processo político comunitário e da ampliação do chamado espaço público.

2.2.1.

A judicialização da política na esfera eleitoral

A expansão da área de atuação da corte judicial eleitoral como órgão controlador da normatividade, ao interpretar a ordem jurídica vigente diante da provocação de interessados, com a finalidade de revisar questões políticas, pode ser denominada “judicialização da política”, tema que vem sendo discutido com grande frequência no ambiente acadêmico.

Recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, relacionadas à cláusula de barreira, verticalização das coligações partidárias e fidelidade partidária, evidenciam um processo de judicialização da política no Brasil.

²⁴ CITTADINO. Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Revista Alceu, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.publique.rdc.puc-rio.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

²⁵ *Ibid.*, p. 106.

Um interessante exemplo de judicialização, na esfera eleitoral, foi a resposta à Consulta nº 715, de 8 de agosto de 2001, assinada por deputados federais do Partido Democrático Trabalhista (PDT), que determinou uma importante alteração das regras aplicáveis às coligações eleitorais, que ficou conhecido como “verticalização das coligações”. A referida consulta tinha o seguinte conteúdo:

“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 Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação?.”²⁶

A resposta do TSE, passou a integrar o dispositivo da Resolução nº 20.933 de 26 de Fevereiro de 2002, com o seguinte teor:

“Art.4º (...)

§ 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/ a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9504/97, art. 6º, Consulta nº 715, de 26/02/2002.

O Tribunal Superior Eleitoral, ao aprovar as instruções para as eleições de 2006, em 03/03/2006, manteve a regra de verticalização das coligações.²⁷ Por 5 votos a 2, o entendimento predominante foi o de que os partidos têm caráter nacional e que a mudança de regra poderia criar uma situação de instabilidade jurídica.

O Congresso Nacional, em reação à decisão do TSE, promulgou a Emenda Constitucional nº 52, em 8 de março de 2006,²⁸ que instituiu o fim da verticalização no mesmo ano. Foram então impetradas ações diretas de inconstitucionalidade, em que a principal alegação era a que a lei que altera o

²⁶ NOLETO, Mauro Almeida. *Verticalização de coligações partidárias: jurisprudência e conjuntura*. Revista Paraná, n. 58, out./2005. Disponível em: < <http://www.paranaeleitoral.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

²⁷ WALDSCHMIDT, Hardy. *A questão da verticalização das coligações*. Disponível em: <http://www.tre-ms.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2007.

processo eleitoral somente terá eficácia na eleição, que ocorrer até um ano da data da sua vigência, conforme o art. 16 da Constituição Federal.²⁹ O Supremo Tribunal Federal³⁰ entendeu pela manutenção da regra da verticalização das coligações, para as eleições de 2006, não tendo sido aplicada, conseqüentemente, o disposto na Emenda Constitucional nº 52, nas eleições daquele ano.

O que se apreende do exposto é que o Judiciário provocou a atuação do Legislativo, fazendo acreditar que a edição da mencionada Emenda Constitucional nº 52/2006 foi uma resposta à decisão tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral. Tal fato demonstra que as decisões judiciais têm evidente reflexo político, já que pautam o comportamento dos outros poderes.

A complexidade e a expansão de tal fenômeno, nas sociedades democráticas contemporâneas, o que vem sendo confirmado por trabalhos empíricos, em que a expansão é diagnosticada pelo aumento expressivo das ações judiciais³¹, vêm dividindo as opiniões no meio acadêmico.

Outro importante exemplo da judicialização foi o referente à fidelidade partidária, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal³², sintetizada por Almeida³³:

“ Para a maioria do Supremo Tribunal Federal, o princípio da fidelidade partidária consta na Constituição, tendo como conseqüência, em regra, o direito da agremiação à manutenção da vaga obtida nas casas legislativas, mesmo em caso de desligamento ou transferência para outro partido do candidato eleito, que, com essa decisão de desligar-se ou transferir-se, não carrega consigo o mandato, do qual seria titular não ele, mas o partido – como referiu mais uma vez em seu voto a Ministra Carmen Lúcia - e, assim, teria que deixar a função, que seria ocupado pelo suplente, pertencente à agremiação.”

²⁸ Emenda Constitucional nº 52.

²⁹ Art. 16 da CRFB. “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1(um) ano da data de sua vigência”.

³⁰ O STF, em decisão plenária de 22.03.2006, no julgamento da ADIn nº. 3685, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria, julgou procedente a ação para fixar que o § 1º do artigo 17, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, não se aplica às eleições de 2006.

³¹ CARVALHO, *Em busca da judicialização...*, 2004.

³² Na primeira semana de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou, nas sessões plenárias dos dias 03 e 04, os Mandados de Segurança ns. 26.602 (em que o impetrante Partido Popular Socialista – PPS e o relator Ministro Eros Grau), 26.603 (o impetrante Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB e relator o Ministro Celso de Mello) e 26.604 (ajuizado pelo Democratas-DEM, relatora a Ministra Carmén Lúcia.

³³ ALMEIDA, José Antonio. *Fidelidade partidária*. Disponível em: <<http://www.psnacional.org.br>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

O Supremo entendeu, entretanto, que os efeitos da referida decisão não poderiam ser aplicados de imediato, pois ofenderiam os princípios da segurança jurídica, uma vez que, no próprio dizer do ministro Celso de Mello³⁴, a nova decisão representa uma verdadeira “revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigma” além do princípio da ampla defesa e do contraditório, porque não seria possível examinar, nos limites da ação de mandado de segurança, se havia ou não motivo legítimo para a mudança partidária empreendida.

Assim, em uma inédita e polêmica decisão,³⁵ o Supremo resolveu estabelecer um marco temporal para a prevalência da nova orientação, qual seja 27 de março de 2007, quando o Tribunal Superior Eleitoral, ao responder à consulta 1398³⁶, assegurou às agremiações o direito a manter a vaga obtida pelo sistema proporcional e, ainda, determinou a adoção, no âmbito do TSE, de um procedimento com vistas a apurar, com direito a ampla defesa, se ocorre ou não, em cada caso concreto, qualquer “das exceções justificadoras da desfiliação partidária”, como ressaltou o ministro Celso de Mello.

Posteriormente, o TSE decidiu, ao responder a uma consulta formulada pelo deputado Nilson Mourão (PT-AC), estender a fidelidade partidária para os ocupantes de cargos majoritários. O relator Carlos Ayres Brito recomendou a perda do mandato de quem trocar de legenda após ser eleito por outro partido. Os demais ministros do TSE seguiram o voto do relator.³⁷

A decisão do TSE tem caráter administrativo e não tem efeito prático imediato. Entretanto, tem valor de orientação para julgamentos futuros. O próprio

³⁴ ALMEIDA, José Antonio. *Fidelidade partidária*. Disponível em: <<http://www.psbnacional.org.br>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ O voto do relator, Ministro César Asfor Rocha, na consulta 1398, feita ao TSE, deu-se no sentido de que a visão até então predominante datava de um outro período, “quando o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização partidária”. E, por outro lado, o ministro Cezar Peluso enfatizou, na mesma decisão, a necessidade de formular ressalvas ao direito dos partidos à manutenção das vagas “em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais de liberdade de associação e de pensamento”. E elenca, entre essas exceções, a eventual mudança de orientação programática do partido e a “comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou”.

³⁷ GIRALDI, Renata. *TSE impõe fidelidade partidária a senadores, governadores, prefeitos e presidente*. Folha Online. Brasília. Disponível em: <http://www.tolls.Folha.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2008.

ministro Carlos Britto disse “A consulta é uma diretriz. O que vão fazer os partidos interessados? Vão atrás das decisões judiciais”

O TSE fixou, também, um lapso temporal para a aplicação do seu entendimento referente à fidelidade partidária para os ocupantes dos cargos majoritários: 16 de outubro de 2007. Nesta data, foi aprovado o texto da Resolução nº 22.610/ TSE, que disciplina o processo de perda do cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, que foi publicada em 25 de outubro de 2007.³⁸

Com relação à cláusula de barreira, ressalta-se que foi prevista na Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) que seria aplicada a partir das eleições de 2006, de forma a restringir o funcionamento parlamentar dos partidos que não alcançassem o percentual de 5% dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.³⁹

Os principais efeitos da cláusula de barreira estavam relacionados à distribuição do fundo partidário, já que 99% dos recursos do fundo seriam distribuídos somente aos partidos que obtivessem o referido percentual de votos e na proporção dos votos obtidos e 1% seria distribuído de forma equitativa entre todos os partidos registrados na Justiça Eleitoral e ao tempo de propaganda partidária de teor doutrinário, com a concessão de apenas dois minutos semestrais para cada um dos partidos que não atingissem o percentual mínimo de votos.

A utilização do termo cláusula de barreira tem sofrido críticas por parte de alguns juristas, sendo chamada “cláusula de desempenho”, já que não impede o partido de existir ou de eleger seus representantes como em legislações extravagantes, mas divide com os outros partidos apenas 1% do fundo partidário, conta com apenas dois minutos de tempo de propaganda em rádio e televisão, e

³⁸ Resolução 22.610/TSE, de 25 de outubro de 2007. Relator: Ministro Cezar Peluso. Em síntese, a mencionada resolução prevê que, quem tem interesse de ajuizar a ação, para a decretação da perda do cargo eletivo, em decorrência de desfiliação partidária, é o partido político e caso não o faça no prazo legal, poderá fazê-lo quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público Eleitoral. A ação seguirá a fase de instrução, podendo as partes, inclusive, arrolar testemunhas e requerer requisição de documentos em nome de terceiros. Encerrada esta fase, as partes apresentam alegações finais. Julgado procedente o pedido, o Tribunal decretará a perda do cargo e comunicará ao órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou o vice.

³⁹ Art. 13 da lei 9.096/95.

lhe é vedada a participação proporcional em cargos nas mesas e comissões do congresso.

Os defensores da cláusula alegam que a mesma impede a atuação de partidos extremistas, ou de aluguel, tornando o Parlamento mais forte e com governabilidade. Seus detratores, no entanto, ressaltam seu caráter pouco democrático e inibidor de um pluripartidarismo com correntes mais nítidas.

Para Jairo Nicolau,⁴⁰ a cláusula oferece, ainda, o risco de que partidos extremistas, com representação mínima, assumam um papel diferente na vida política, atuando intensamente fora do Parlamento. Lembra ainda, o autor, a dificuldade do cumprimento da exigência da distribuição dos votos por estado, já que os partidos sempre apresentaram uma distribuição desigual na Federação, sendo fortes em um estado e fracos em outros, como no caso do PDT, somente vigoroso no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul.

Pouco tempo antes de sua entrada em vigor, o Supremo decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira, julgando ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo PC do B, com o fundamento de que a prevista cláusula fere o direito de manifestação política das minorias.⁴¹

Com a decisão do Supremo, restou um vácuo legal em relação à distribuição do fundo partidário, tendo então o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão polêmica, fixado novo critério de distribuição do fundo, ampliando de 1% para 42% o montante a ser distribuído entre todos os partidos, 29% destinados aos partidos na proporção da representação parlamentar, outros 29% destinados aos partidos que tenham elegido representantes em duas eleições consecutivas em, no mínimo, cinco estados, obtendo, ainda, 1% dos votos válidos apurados no país.⁴²

Em resposta à decisão eleitoral, foi aprovada no Congresso lei que fixou em 5% o valor a ser distribuído igualmente entre os partidos e os 95% restantes

⁴⁰ PORTO, Walter Costa. *Cláusulas de barreira e desempenho*. Jornal O Imparcial Online, 2 set. 2006. Disponível em: <<http://www.html:file://F:\Clausuladebarreiraededesempenho.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

⁴¹ MATAIS, Andreza. *STF derruba cláusula de barreira*. 7 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.Folha.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2008.

⁴² LOURENÇO, Iolando. *Novas regras de distribuição do fundo partidário dependem de sanção presidencial*. Radiobrás. Agência Brasil. 27 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/02/27/matéria.2007-02-27.6798411639/view>>. Acesso em: 15 mar. 2008.

divididos aos partidos proporcionalmente ao número de votos obtidos na última eleição para deputado.

Qual seria a relevância deste fenômeno para as eleições e, mais especificamente, para o processo de prestação de contas dos candidatos e partidos políticos?

O ativismo judiciário do TRE deve ser visto segundo uma ótica facilitadora do processo democrático, já que, são os tribunais, com sua função integradora da norma, que vão responder às demandas atinentes às discussões sobre as questões políticas e tão freqüentes no período eleitoral.

A atividade jurisdicional pode ser vista como paradigma do processo decisório, tendo em vista que a participação judicial no processo político pode engendrar processos legislativos, seja direcionando ou, mesmo, alterando resultados legislativos.

Não obstante ser o pensamento jurídico brasileiro marcadamente positivista e privatista, com a defesa de uma concepção menos participativa do que representativa da democracia, como lembra Cittadino,⁴³ parece haver consenso por parte dos estudiosos, no sentido da ruptura desse positivismo, na busca por um fundamento ético para ordem jurídica, com a defesa da expansão do Poder Judiciário, com maior abertura dos tribunais à população, como reforço da lógica democrática.

Por todo o exposto, o ativismo judicial da Justiça Eleitoral, com seu poder normativo inerente, pode contribuir de maneira decisiva para o estabelecimento de um sistema de controle eficiente do financiamento político, especialmente na perspectiva do processo de prestação de contas.

⁴³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.