V. 19
2023
ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 27.04.2021
Aprovado: 25.01.2023

https://doi.org/10.1590/2317-6172202322

Ativismo judicial e Justiça Eleitoral em suas funções não judicantes: uma análise crítica

JUDICIAL ACTIVISM AND ELECTORAL JUSTICE IN ITS NON-JUDICIAL FUNCTIONS: A CRITICAL ANALYSIS

Elder Maia Goltzman[1] e *Newton Pereira Ramos Neto*[2]

Resumo
O presente artigo busca responder em que medida o conceito tradicional de ativismo judicial pode ser transplantado para o exercício das funções não judicantes da Justiça Eleitoral, em especial a consultiva e a regulamentar, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Os Tribunais Regionais Eleitorais não fazem parte do escopo, pois cada estado da federação possui um, o que aumentaria a amostra e a complexidade da pesquisa. O texto adota metodologia jurídico-descritiva e analítica, e foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Foi feita revisão de literatura, especialmente por meio de pesquisas desenvolvidas em programas de pós-graduação em Direito e em Ciências Políticas, bem como por meio de revistas especializadas em direito eleitoral. A pesquisa tem por objetivos diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política; discorrer sobre as funções da Justiça Eleitoral e suas peculiaridades; assim como estudar como o ativismo tem impactado as resoluções expedidas e consultas respondidas pelo TSE. A resoluções apontadas como inovadoras no ordenamento jurídico foram escolhidas com base na repercussão acadêmica indicada em outras pesquisas, sobretudo de Salgado (2010) e Coelho (2014), e na análise da recente Res. n. 23.610/2019. As consultas, por sua vez, foram escolhidas tomando-se por base o ano de 2020, sendo analisadas 61. Destas, 48 não foram conhecidas, e o mérito de 13 foi estudado, apontando-se duas mais relevantes nos resultados.

Palavras-chave
Ativismo judicial; Justiça Eleitoral; Tribunal Superior Eleitoral; função consultiva; função regulamentar.

Abstract
This paper seeks to analyze to what extent the traditional concept of judicial activism can be considered to understand the non-judicial activities of Brazilian Electoral Justice, especially the resolutions and consults of the Superior Electoral Court. The Regional Electoral Courts were not studied since each Brazilian state holds one. This fact would amplify the data and complexity of the research, making it impossible to reach a conclusion. The paper uses both juridical-descriptive and analytical methodologies, and bibliographic and documental research techniques were used. It was made a literature review, especially by the data from Law and Political Science post-graduation programs in Brazil, as well as by journals specialized in Electoral Law, always comparing the information gathered to the resolutions and consults answered by the Electoral Superior Court. The research aims to differentiate judicial activism from the judicialization of politics; discuss the functions of the Electoral Justice and its peculiarities; as well as studying how activism has impacted the resolutions issued and consults answered by the Superior Electoral Court. The resolutions identified as innovative in the legal system were chosen based on the academic repercussion pointed out in other researches, especially the ones carried out by Salgado (2010) and Coelho (2014). The recent Resolution No. 23610/2019 was also analyzed. The consults, in turn, were chosen based on the year

1 Tribunal Regional Eleitoral do Pará, Novo Repartimento, Pará, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-7503-8092

2 Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Maranhão, Brasil
https://orcid.org/0000-0001-5792-5440

CC BY-NC

2020. Sixty one (61) surveys answered by the Superior Electoral Court were analyzed, of which 48 were not known. Thus, the merit of 13 consultations was studied, pointing out two more relevant in the results.

Keywords
Judicial activism; Electoral Justice; Superior Electoral Court; consults; resolution.

Introdução

Este artigo tem como problema de pesquisa avaliar em que medida a Justiça Eleitoral (JE), no exercício de suas funções que não tenham caráter jurisdicional, tem adotado padrões ativistas no sentido de ir além de suas competências estabelecidas. Busca-se compreender se o conceito de ativismo judicial pode ser transplantado para as funções não judicantes que ele possui. Entre as atribuições próprias desse ramo do Judiciário, dá-se maior atenção à consultiva, já que é exclusividade da JE, não observada nos demais ramos do Judiciário, nem mesmo de forma atípica.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 118, dispõe sobre a estrutura da JE, que é composta do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), dos juízes eleitorais e das juntas eleitorais. Neste artigo, optou-se por analisar os papéis desempenhados pela JE, adotando como parâmetro o TSE, por ser um órgão de cúpula e por ter jurisdição nacional. Além disso, o recorte do objeto fica mais delimitado, sobretudo porque todos os estados e o Distrito Federal sediam um TRE que expede resoluções e responde a consultas, cada um à sua maneira, sem que haja vinculação entre si. Os juízes e as juntas eleitorais não respondem a consultas ou expedem resoluções.

O artigo adota uma metodologia jurídico-descritiva e de cunho analítico (GUSTIN e DIAS, 2015). É descritiva porque tece considerações sobre a problemática estudada a ponto de demonstrar suas caraterísticas e peculiaridades, e é analítica porque não se detém à descrição, também investiga sob um prisma crítico a matéria sob escrutínio e aponta incorreções percebidas.

A técnica de pesquisa consistiu, em sua maior parte, no levantamento bibliográfico, a fim de identificar o estado da arte acerca da temática. Também foi utilizada a análise documental das resoluções do TSE, da legislação relacionada e dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às ações de controle de constitucionalidade que impugnaram dispositivos editados pelo TSE.

Este artigo tem como objetivo debater o fenômeno do ativismo judicial no contexto da JE, especificamente no exercício de suas funções regulamentar e consultiva. A função administrativa é tratada de maneira breve.

Para atingir os fins propostos, o artigo foi dividido em três partes. Inicialmente, discute-se o que se entende por ativismo judicial, traçando-se distinções conceituais no que toca à judicialização da política. Após, descreve-se a função administrativa e regulamentar da JE, para, em seguida, debater como as resoluções do TSE têm inovado no Direito e agido de maneira ativista. As resoluções apontadas como inovadoras no ordenamento jurídico foram escolhidas com base na repercussão acadêmica indicada em outras pesquisas, sobretudo em Salgado (2010) e Coelho (2014). Dispositivos contidos na recente Resolução (Res.) n. 23.610/2019 também foram estudados e mencionados.

Por fim, discorre-se sobre a atribuição consultiva da JE, seus requisitos e caracteres especiais e, novamente, há um cotejo das consultas respondidas pelo TSE e o ativismo judicial. As consultas, por sua vez, foram escolhidas tomando-se por base o ano de 2020. Analisaram-se 63 pesquisas respondidas pelo TSE; destas, 47 não foram conhecidas. Assim, o mérito de 16 consultas foi estudado, apontando-se duas mais relevantes nos resultados.

1. Ativismo judicial: breve contextualização hermenêutica do termo e sua distinção diante da judicialização da política

Não há como tratar de ativismo judicial sem antes contextualizar em que sentido a expressão é empregada e em qual espaço-tempo o objeto de estudo está inserido.

As constituições liberais modernas estão alicerçadas na concepção de Montesquieu sobre a separação dos Poderes. A teoria do filósofo francês surge como uma resposta à concentração de poder observada nos Estados absolutistas e visa criar um sistema de contenção do poder pelo poder (CANELA JUNIOR, 2012). No sistema idealizado por ele, os poderes atuariam decidindo dentro de suas esferas de competência, semelhante à forma como se vislumbra a estruturação do Estado nos países ocidentais de hoje (CARLOS, 2017).[1]

A CF/88 adota a concepção do poder uno, mas tripartido, quando assevera em seu art. 2º que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ocorre que, "nas últimas décadas, o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais" (HIRSCHL, 2009, p. 139). Isso, na prática, significa dizer que questões de cunho eminentemente político passaram a ser debatidas e decididas não mais apenas pelo Legislativo, mas também pelo Judiciário.

1 Este artigo não visa prover minúcias acerca da separação dos poderes por entender que foge do escopo da proposta. No entanto, para melhor compreensão da temática, consultar Carlos (2017).

Para ilustrar com um dado histórico recente, em junho de 2019, o STF, por maioria, equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo como resultado do julgamento de duas ações relevantes.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, com relatoria do ministro Celso de Mello, e o Mandado de Injunção (MI) n. 4733, tendo por relator o ministro Edson Fachin, reconheceram a mora do Congresso Nacional em legislar sobre a temática e, até que sobrevenha legislação federal, ordenaram a aplicação da Lei n. 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Não se olvida que, por disposição do art. 22, I, da Carta Magna, compete privativamente à União legislar sobre direito penal e que somente por meio de lei estrita é possível tipificar condutas penalmente relevantes, em homenagem ao princípio da legalidade previsto em seu art. 5º, XXXIX. O comportamento ativo do STF, que acabou por criar uma figura típica por meio de uma construção decisionista, foi considerado indevido por algumas vozes, reputando abusiva a interpretação sob a justificativa de que "a criação de leis é tarefa afeta exclusivamente ao Poder Legislativo. Não se pode transigir com a estrita legalidade penal" (SANTOS e GARCIA, 2019, p. 315).[2]

Embora exista ampla literatura nacional e estrangeira sobre a matéria,[3] ainda, atualmente, suscitam-se questionamentos sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário quando decide questões tidas como políticas por natureza.

Nesse cenário de constante judicialização de aspectos políticos foi que Maus (2000) cunhou a visão do Poder Judiciário como o superego de uma sociedade órfã.[4] Em sua teoria, pensada a partir da Alemanha do fim dos anos 1980, Maus (2000) defende que tanto a sociedade quanto a família se afastaram da figura do pai. A construção da psique individual, para a

2 Por outro lado, é importante tecer um contraponto de que os atores políticos preferem que o Poder Judiciário seja o local de discussão de temas nos quais exista um desacordo moral razoável na sociedade (BARROSO, 2018). Portanto, a deliberação sobre assuntos que sejam divisivos, tais como uniões homoafetivas e aborto, é objeto de judicialização para que se evite o desgaste de debates no parlamento.

3 Por entender o caráter abrangente do texto, indica-se a pesquisa de Barroso (2010).

4 O superego é um elemento da teoria freudiana que divide a estrutura psíquica dos indivíduos em três partes: id, ego e superego. Em síntese, o id é o inconsciente, fonte de energia pulsional e busca a obtenção do prazer imediato, eliminando o desprazer. O ego tem uma parte consciente e outra inconsciente, sendo responsável pela percepção da realidade e do comportamento social para que o sujeito seja considerado civilizado (CARLONI, 2011, p. 4). Já o superego é responsável por estabelecer e manter a consciência moral da pessoa, a partir de ideais e valores internalizados por meio das relações com as figuras parentais (GUANAES e JAPUR, 2003, p. 136).

autora, passou a ser ditada pelas diretrizes oriundas das relações sociais, e não mais pela intermediação paterna.

Após a queda da monarquia alemã, a pensadora sustenta que o povo perdeu um importante símbolo de sua identidade e encontrou como substituto os direitos fundamentais previstos na CF, bem como os intérpretes judiciais (MAUS, 2000).

> Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da "consciência" social na Justiça. (MAUS, 2000, p. 186)

Assim é que o próprio povo legitimou, em sua consciência, o processo de transferência da discussão política para o Judiciário. Não raro os políticos, no imaginário popular, são figuras corruptas, envolvidas em esquemas ilegais para obtenção de vantagens pessoais, enquanto os juízes são idealizados como cidadãos honestos, cumpridores de seus deveres e aplicadores da lei. Funcionam como pais que guiam a família pelo caminho do justo e do correto.

Alguns acontecimentos históricos contribuíram para essa leitura feita pelos sujeitos. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, há um fortalecimento do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. A CF deixa de ser lida como um documento político cuja implementação depende de atitudes proativas do Executivo e do Legislativo para ser compreendida como uma norma jurídica que impõe deveres de atuação ao Estado e tem no Judiciário seu intérprete e guardião, especialmente por meio do controle de constitucionalidade (BARROSO, 2010).

Como consequência dessa mudança na forma de pensar o papel institucional do Judiciário e da própria CF, as relações sociais e políticas passaram a ser judicializadas com frequência. Por judicialização da política entende-se que temáticas importantes do "ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo" (BARROSO, 2010, p. 4).

A judicialização da política não é exclusividade do Brasil e pode ser observada ao redor do globo (HIRSCHL, 2009). Apontam-se como principais causas a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral, que minou a confiança da população na classe política; o fortalecimento e a independência do Judiciário; e, especialmente, a conivência da classe política que prefere que o Judiciário decida matérias polêmicas que geram desgaste da imagem junto ao eleitorado (BARROSO, 2010).

A judicialização excessiva também encontra abrigo no arranjo constitucional brasileiro. A Carta Magna de 1988 é analítica, axiológica e com uma gama de direitos e garantias fundamentais que são expressos por princípios. A dignidade da pessoa humana, por exemplo,

insculpida no art. 1º, III, é considerada um fundamento da República Federativa do Brasil. Contudo, por ser um conceito jurídico vago e indeterminado, pode abarcar uma série de situações concretas que dão amparo constitucional aos conflitos, tais como o tempo de espera nas filas em bancos (ALVARENGA e CARVALHO, 2014).

A judicialização da política e o ativismo judicial, embora relacionados, não são sinônimos. A expressão "ativismo judicial" surgiu nos Estados Unidos. É usada, geralmente, em tom de crítica à atuação do Judiciário e significa "uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (BARROSO, 2010, p. 9).

O ativismo judicial é visto como uma conduta proativa dos juízes, principalmente na interpretação constitucional (SILVA e GOLAMBIUK, 2017). Refere-se a uma atitude expansiva dos juízes que, deliberadamente, decidem para além das competências previstas no texto constitucional. Por essa razão é que o ativismo judicial é acusado de não possuir legitimidade democrática, uma vez que os magistrados, "mesmo não escolhidos pela vontade popular, ditam as preferências do Estado, intrometendo-se em questões afeitas aos órgãos eleitos pelo povo para tomar estas decisões" (MAIA, 2010, p. 62).

O Brasil não está imune ao comportamento ativista do Judiciário, o que pode ser percebido, inclusive, em decisões do STF (HASSELMANN, 2019). Como o país adota um sistema de controle de constitucionalidade tanto difuso (qualquer juiz de primeira instância pode considerar uma lei inconstitucional se esta for a causa de pedir que dá suporte à ação ajuizada) quanto concentrado (hipótese em que o próprio pedido é a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, caso de competência exclusiva do STF), é possível notar, muitas vezes, uma inclinação ativista na atuação de parcela da magistratura nacional, seja realizando o controle de constitucionalidade, seja prolatando decisões aparentemente principiológicas, porém sem base normativa. Os exemplos abundam.

> As instâncias inferiores, mais perto do cidadão, estão a todo vapor procurando a melhor maneira de fazer Justiça, ainda que para isso precisem ir além do que diz a lei. A prática, embora comum, ainda é polêmica. É vista com bons olhos por uma parte da comunidade jurídica, que considera importante que o Judiciário supra a inércia legislativa do Congresso. Já outra parte entende que juízes não podem inventar normas, mesmo que seja para garantir direitos. Recentemente, um juiz da cidade de Taperoão (PB) determinou toque de recolher às 21h para menores de 12 anos. Em Conceição de Coité (BA), um juiz condenou um homem por furto, mas não mandou para cadeia. A pena, neste caso, foi arrumar um emprego. Na Paraíba, o toque de recolher imposto teve como base os altos índices de violência na região. Na Bahia, o juiz agraciou o acusado por entender que ele passou a infância e adolescência lançado à sorte, esquecido pelo Estado.
> Em Goiás, a titular do Juizado Especial de Águas Lindas criou um projeto chamado Kit Educação, que consiste na compra de material escolar com dinheiro das transações penais.

> Juízes de execução criminal de Porto Alegre decidiram há um mês que, sem vagas no sistema prisional, mandados de prisão não deverão ser expedidos no Rio Grande do Sul. (MILÍCIO, 2009)

A JE, que será tema central de análise neste artigo, não passa ao largo desse movimento de maximização política decisória.

Em decorrência de julgados ocorridos sobretudo nos últimos anos, a JE tem sido, por vezes, questionada por agir para além das suas competências, criando obrigações e inovando no Direito. Andrade Neto (2016, p. 283-284) exemplifica com os casos da "verticalização das coligações, [d]o número de vereadores por município, [d]a cláusula de desempenho, [d]a distribuição do fundo partidário e [d]a infidelidade partidária".

Ocorre que o desenho institucional da JE lhe confere prerrogativas e funções que não são observadas em nenhum outro braço do Judiciário pátrio e que favorecem posicionamentos mais ativistas, como será adiante demonstrado.

A CF/88, em seu art. 121, prescreve que lei complementar (LC) disporá sobre a organização e a competência dos tribunais eleitorais, dos juízes e das juntas eleitorais. O Código Eleitoral (CE) vigente, que data de 1965, por ser anterior ao texto constitucional, foi recepcionado como lei materialmente complementar "na parte que disciplina a organização e a competência da Justiça Eleitoral" (BRASIL, 2007, p. 2).

A opção do legislador brasileiro foi que, para além de um órgão jurisdicional, a JE concentrasse também as demais atividades relativas à governança eleitoral. Marchetti (2008, p. 866) conceitua governança eleitoral "como o conjunto de regras e instituições que organizam a competição político-eleitoral". Zauli (2011, p. 260) explana que existe uma gama de arranjos institucionais possíveis para que as eleições ocorram com integridade e que "tais arranjos têm sido captados na literatura de Ciência Política por meio do uso da expressão 'governança eleitoral', que procura designar o conjunto de regras e de instituições que definem a competição político-eleitoral".

A governança eleitoral opera em três níveis: *rule making*, *rule application* e *rule adjudication*. O *rule making* corresponde ao processo legislativo que pauta as regras escolhidas para a corrida eleitoral.

> Nesse nível da governança eleitoral é que são determinados, por exemplo, a fórmula eleitoral, os distritos eleitorais, a magnitude das eleições, as datas em que serão realizadas e outras questões legais que permitam aos concorrentes a segurança de como o jogo será jogado. (MARCHETTI, 2008, p. 867)

A seu turno, o *rule application* relaciona-se à aplicação e ao gerenciamento dessas regras, como o registro dos partidos políticos, a inscrição dos eleitores, as regras de transparência, a distribuição das urnas e os demais procedimentos do dia do pleito. É uma instância de

administração do processo eleitoral como um todo. Por fim, o *rule adjudication* refere-se ao contencioso eleitoral e à forma de resolução dos conflitos entre candidatos e demais lides ligadas ao pleito (MARCHETTI, 2008).

É comum que esses três níveis de governança não estejam todos vinculados a um único órgão,[5] podendo cada país fazer a escolha que melhor atenda às suas necessidades. O órgão de governança pode ter caráter partidário (Colômbia) ou apartidário (Coreia do Sul); pode ser vinculado ao Executivo (Alemanha e Áustria) ou independente dele (Austrália e Canadá).[6]

A estrutura do Organismo Eleitoral (OE)[7] brasileiro difere dos equivalentes internacionais. Na América Latina, os únicos países que concentram "as atividades da governança eleitoral em único organismo eleitoral, e que excluem o Legislativo de sua formação, são o Brasil e a Costa Rica" (PEREIRA, 2012, p. 44).

Desde sua constitucionalização na Carta Magna de 1934, a formatação do OE pátrio permanece basicamente a mesma, com exceção das mudanças ocorridas na CF de 1937. A escolha do Judiciário como OE no Brasil tem por fundamento a ideia de que ele possui a imparcialidade e a autonomia necessárias para garantir a higidez do processo eleitoral e a preservação do interesse coletivo (BARRETO, 2015). Assim, o OE do país é independente, porque não está vinculado ao Executivo (tampouco ao Legislativo), e apartidário, pois os servidores ingressam por concurso e os magistrados são investidos na forma designada pelo texto constitucional.

Em retrospectiva, Zauli (2011, p. 264-265) rememora:

> O atual modelo de governança eleitoral utilizado no Brasil surgiu como parte das mudanças institucionais realizadas no Brasil na esteira da Revolução de 1930. Com relação às eleições, tratou-se então de restringir a participação dos Poderes Legislativo e Executivo na organização e execução dos procedimentos eleitorais mediante a criação da Justiça Eleitoral [...]. Ainda que não tenha eliminado de vez todo e qualquer desvirtuamento dos processos eleitorais, a atribuição à Justiça Eleitoral de poderes antes a cargo de outros atores contribuiu para a melhoria dos índices de confiança nos resultados das eleições [...].

5 Para compreender as possibilidades de órgãos de governança eleitoral, consultar Marchetti (2008).

6 Dados compilados pelo *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA) e reproduzidos em pesquisa de Marchetti (2008), pelo que pode haver alterações atualmente.

7 Barreto (2015) sintetiza que os OEs têm suas competências estabelecidas em lei ou no texto constitucional e, em regra, são responsáveis pela solução dos litígios entre os competidores (*rule adjudication*) e pelo gerenciamento do processo eleitoral (*rule application*).

O órgão de cúpula do OE nacional é o TSE. A composição do tribunal está disposta no art. 119 da Carta Magna, sendo: três juízes entre os ministros do STF, dois juízes entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dois juízes escolhidos por nomeação do presidente da República entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF. Pela regra, o STF faz-se presente por meio de três ministros e ainda interfere na escolha de outros dois (advogados). "No mínimo, podemos dizer que esses advogados serão indicados de acordo com um perfil projetado e esperado pelos ministros da Corte Constitucional" (MARCHETTI, 2008, p. 884). Essa participação do Supremo por intersecção faz com que o TSE, na prática, atue sob forte influência do STF.

Ainda que aja em funções outras que não a judicante, o TSE altera regras da governança eleitoral por interpretação do texto constitucional ou legal.[8] No entanto, o STF, no exercício da interpretação do texto constitucional, também modifica as normas dos processos eleitorais sem que sejam percebidos conflitos interpretativos entre os dois tribunais. Observa-se que o Supremo acaba "por entender que a interpretação do TSE é a última palavra em matéria eleitoral. Quando o STF decide sobre um tema acerca do qual já recebeu interpretação do TSE, não há divergência entre suas decisões; elas acabam se reforçando" (MARCHETTI, 2008, p. 866).

Dessa forma, mesmo atuando como órgão de governança em questões de *rule making* e *rule application*, o TSE funciona como Corte interpretativa e acaba modificando, criando e extinguindo obrigações sem que haja autorização legal ou controle externo de fundo constitucional por parte do STF. Tratando especificamente da função consultiva, Zauli (2011, p. 272) reflete que "é patente o papel político dos juízes eleitorais quando o TSE exerce uma competência análoga à função de *policy review*, em larga medida desempenhada por tribunais constitucionais no exercício do controle de constitucionalidade".

Para Zauli (2011, p. 283), "em certa medida, algo semelhante à crítica ao poder de revisão judicial vem ocorrendo com relação à participação da Justiça Eleitoral" nos processos eleitorais no Brasil". No modelo concentrado brasileiro, os comportamentos proativos eventualmente adotados pelo TSE, como órgão jurisdicional, acabam por se refletir, influenciar e fundamentar condutas similares no desempenho das suas funções de governança eleitoral, com o que por vezes age, também nesses espectros, para além das competências estabelecidas na legislação, como se observa na seção a seguir.

8 Esse ponto será desenvolvido adiante, quando da análise da função consultiva.

2. A JE E AS SUAS FUNÇÕES EM COTEJO COM O ATIVISMO

A JE brasileira, conquanto seja órgão do Poder Judiciário, tem atribuições outras, para além da judicante, que lhe dão contornos especiais, sendo elas: administrativa, normativa e consultiva.[9]

Quanto à primeira dessas atribuições, é certo que os ramos do Poder Judiciário (justiça estadual, federal, trabalhista, eleitoral e militar) exercem funções administrativas atípicas, tais como licitação para contratação de obras e serviços (art. 37, XXI, da CF/88) e realização de concurso público para provimento de seus cargos (art. 37, II, da CF/88). Contudo, somente a JE tem a responsabilidade de administrar o processo eleitoral (COELHO, 2014).

Nesse sentido é que "sua atuação vai desde a inscrição de eleitores e candidatos até a proclamação de resultados" (SADEK, 2014, p. 8). No Brasil, por expressa disposição constitucional, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e facultativos para os analfabetos, maiores de 70 anos, maiores de 16 anos e menores de 18 anos (art. 14, § 1º). Alistamento é o termo que designa a inscrição do eleitor como tal. A coleta dos dados pessoais e biométricos para emissão do título de eleitor, bem como a gestão desse cadastro, ficam sob responsabilidade da JE, nos moldes do prescrito pela Lei n. 7.444, de 20 de dezembro de 1985, e pela Res. TSE n. 21.538, de 14 de outubro de 2003.

As responsabilidades da JE, como OE responsável pelo *rule application*, passam por tarefas sem as quais os pleitos eleitorais não ocorreriam de forma célere, transparente e democrática (no sentido de amplo escrutínio e participação popular). Citam-se, como casos que representam essa visão, a convocação de mesários (art. 119 e ss. do CE), as audiências públicas de geração das mídias,[10] as cerimônias de preparação das urnas,[11] a totalização dos votos, a fiscalização da propaganda eleitoral e o exercício do poder de polícia na propaganda.[12]

9 Conquanto haja quem defenda que a função consultiva seja um desdobramento da função administrativa, não constituindo uma competência em si mesma (COSTA, 2016), neste artigo adota-se o pensamento de Zílio (2020), que a considera uma atribuição própria e especial da JE.

10 As mídias aqui tratadas, de acordo com a Res. TSE n. 23.611/2019, referem-se aos dispositivos utilizados para carga da urna, votação, ativação de aplicativos de urna e gravação de resultado.

11 A Res. TSE n. 23.611/2019, art. 66, aponta que a preparação das urnas será realizada em cerimônia pública presidida pelo juiz eleitoral, autoridade ou comissão designada pelo TRE.

12 A Lei Geral das Eleições (Lei n. 9.504/1997) afirma que o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos TREs. O mesmo dispositivo ressalva que o poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

Nesse sentido, a função administrativa da JE não pode ser compreendida como um exercício atípico do poder de administrar. Na organização das eleições e na gestão do cadastro eleitoral, para mencionar dois pilares de sua atuação, é dever constitucional e legal desse ramo especializado do Judiciário executar procedimentos que são administrativos por natureza, como o deferimento de uma transferência de domicílio eleitoral ou a expedição de um diploma.

É importante ressaltar que o controle jurisdicional dos atos administrativos praticados pelo OE na gestão das eleições é realizado por ele próprio, mas agora no papel de órgão jurisdicional. Assim, caso algum material de propaganda irregular seja apreendido mediante o poder de polícia do magistrado, a eventual representação por propaganda irregular ajuizada será julgada pela própria JE. O acúmulo dessas funções em um único organismo faz com que o controle dos atos seja feito por ele mesmo, sem escrutínio externo.

O modelo de governança eleitoral mantido pelo constituinte de 1988, e que foi inserido no Brasil em 1932, com a criação da JE, responde a uma demanda social que busca eleições limpas, portadoras de liberdade e confiabilidade. A JE, nesse diapasão, constitui um "órgão neutro, equidistante das forças político-partidárias, com jurisdição sobre eleitores" (SADEK, 2014, p. 8) e representa a imparcialidade necessária para a organização do pleito, sobretudo porque seus membros e servidores têm vedação ao exercício de atividades vinculadas aos partidos políticos (art. 366 do CE e art. 95, parágrafo único, III, da CF/88).[13]

A segunda função peculiar da JE é a normativa. O CE, em seu art. 1º, parágrafo único, prescreve que o TSE tem o poder de expedir instruções para a sua fiel execução, e no art. 23, IX, afirma que o Tribunal pode expedir as instruções que julgar convenientes à execução do código. O mesmo diploma concede ao TSE e aos TREs (arts. 23, I, e 30, I) a prerrogativa de elaborar seus regimentos internos.[14]

Assim, com respaldo na função normativa, o TSE expede resoluções em variadas matérias, que vão desde a requisição de servidores de outros órgãos (Res. TSE n. 23.523/2017) até o

• • •

13 O TSE, em resposta à Consulta n. 1.164, formulada pelo então senador Efraim de Araújo Morais e relatada pelo ministro Cesar Asfor Rocha, ponderou que o servidor da JE, para se candidatar a cargo eletivo, necessariamente, terá de se exonerar do cargo público em tempo hábil para o cumprimento da exigência legal de filiação partidária, ainda que pretenda concorrer em outro estado da Federação diverso do estado de seu domicílio profissional.

14 O Projeto de Lei Complementar que institui o Novo Código Eleitoral propõe, no art. 129, § 1º, que, "na hipótese de regulamento que exorbite os limites e atribuições materiais previstos neste artigo, poderá o Congresso Nacional, nos termos da Constituição Federal e de seus respectivos regimentos, sustá-lo com eficácia imediata ou prospectiva, no todo ou em parte, mediante decreto legislativo". Acredita-se que a proposta seja uma reação às resoluções que inovaram e criaram normas não previstas em lei. Como exemplo, citam-se os arts. 9º e 9º-A da Res. TSE n. 23.610/2019, inseridos pela Res. TSE n. 23.671/2021.

procedimento adotado para a prestação de contas anuais dos partidos políticos em todas as esferas (nacional, estadual, municipal e zonal) (Res. TSE n. 23.604/2019).

Ocorre que, como mencionado, o CE data de 1965 e a CF, de 1988. Por isso, com base em uma interpretação sistemática, sobretudo porque a Lei Maior não permite regulamentos autônomos, pondera-se que a função normativa da JE é constitucional se, e somente se, minudenciar leis existentes, mas não para inovar no ordenamento jurídico criando direitos ou obrigações.[15] "O exercício de expedir regulamentos é legal, porém, o Judiciário não pode usar dessa competência para exasperar sua atuação e, em vez de somente regulamentar a legislação já existente, ampliar, restringir ou criar direitos e deveres que a lei não ordena" (MAIA, 2010, p. 86).

Recentemente, o STF, no julgamento da ADI n. 6.032/2019, declarou parcialmente procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme a CF às normas do art. 47, *caput* e § 2º, da Res. TSE n. 23.432/2014; do art. 48, *caput* e § 2º, da Res. TSE n. 23.546/2017; e do art. 42, *caput*, da Res. TSE n. 23.571/2018. Com isso, afastou qualquer interpretação que permita que a sanção de suspensão do registro ou anotação do órgão partidário regional ou municipal seja aplicada de forma automática, como consequência da decisão que julga as contas não prestadas, assegurando que tal penalidade somente possa ser aplicada após decisão, com trânsito em julgado, decorrente de procedimento específico de suspensão de registro, conforme prevê o art. 28 da Lei n. 9.096/1995.

O principal fundamento da ação foi de que o TSE teria exorbitado de sua função normativa e usurpado a competência legislativa do Congresso Nacional acerca da matéria eleitoral (art. 22, I, da CF/88), e criado sanção diversa da prevista em lei. Ora, "se admitida a expedição de resoluções, seu conteúdo deve estar adstrito aos expedientes de regulamentação da aplicação da lei" (JARDIM, HELPA e SILVA, 2017, p. 256).

Zilio (2019, p. 92) afirma que há reconhecimento de que o TSE tem agido com excesso no uso das resoluções, o que lhes daria uma face ativista. De fato, há casos emblemáticos em que a Corte agiu com excesso de poderes. Com a edição da Res. TSE n. 22.610/2007, ocorreu a criação da perda de mandato eletivo por infidelidade partidária nas hipóteses de ausência de justa causa para que candidatos eleitos se desfiliassem dos grêmios políticos. Já a Res. TSE n. 23.389/2013 redefiniu a quantidade de deputados federais e, por consequência, readequou as cadeiras das assembleias legislativas e da Câmara Distrital (COELHO, 2014). Essa última, inclusive, julgada inconstitucional pelo STF, no bojo da ADI n. 4.947, por invadir a competência do Legislativo.

15 Consoante será demonstrado adiante, há quem entenda (por exemplo, Salgado [2010, p. 305]) que a função regulamentar, nesses moldes, é inconstitucional.

Entretanto, nem sempre comportamentos ativistas do TSE em suas resoluções são barrados no Supremo. Como apontado, na maioria das ocasiões, acabam encampados pelo STF (MARCHETTI, 2008). A Res. TSE n. 22.610/2007, citada anteriormente, foi objeto da ADI n. 3.999, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, e teve sua constitucionalidade reconhecida. O argumento utilizado foi o de que a norma impugnada surgiu em um contexto excepcional e transitório, como mecanismo de salvaguarda da observância da fidelidade partidária, enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciasse.

Outra situação em que o Supremo ratificou uma resolução do TSE que inovou no ordenamento jurídico, indo além do poder regulamentar, foi no julgamento da ADI n. 5.122, que impugnou a Res. TSE n. 23.404/2014. A norma da Corte Eleitoral introduziu a proibição de propaganda eleitoral por *telemarketing* em seu art. 24, § 2º. A base normativa apontada como justificadora foi o art. 243, VI, do CE,[16] assim como o art. 5º, X e XI, da CF.[17]

No entanto, a propaganda eleitoral é entendida como um desdobramento da liberdade de expressão no campo político. "Só há que se falar em propaganda política atrelada à ideia de liberdade. E a liberdade da propaganda política decorre diretamente da liberdade de expressão insculpida na Constituição Federal" (PECCININ, 2013, p. 329). Logo, qualquer limitação nesse campo deve ser oriunda de lei em sentido formal e material, com os debates necessários sendo travados pelo parlamento. Osorio (2017, p. 426) estabelece um critério tripartite para qualquer limitação: "(i) o respeito ao princípio da reserva legal, (ii) o objetivo de proteção de outros interesses e valores constitucionalmente tutelados de elevado valor axiológico, e (iii) a observância do princípio da proporcionalidade".

Não obstante, o STF, ao julgar a ADI n. 5.122, reconheceu a limitação criada pelo TSE como constitucional. Em seu voto, o relator ministro Edson Fachin não só afirmou que inexiste regramento legal na matéria, mas também pontuou que a função normativa do TSE nesse campo é importante.

16 "Art. 243. Não será tolerada propaganda: [...] VI – que perturbe o sossego público, com algazarra ou abusos de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; [...]" (BRASIL, 1965).

17 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; [...]" (BRASIL, 1988).

> As adaptações legislativas são arrastadas pelo advento de novas tecnologias. A preocupação do legislador em relação às propagandas eleitorais pelos meios de comunicação de massa deve-se ao fato de que a detenção dos instrumentos e meios de comunicação sempre significou o poder de exercer influência no processo político-decisório, criando, assim, a necessidade de um rígido controle nesse setor pela legislação eleitoral.
> Assim, a ausência de previsão legal quanto à promoção de campanhas eleitorais por meio das novas tecnologias comunicacionais não significa a permissão para seu uso indiscriminado e irrestrito. É nesse silêncio normativo que a atuação da Justiça Eleitoral por meio de Resoluções ganha maior importância, ao exigir dos partidos políticos e dos candidatos a observância aos princípios e diretrizes traçados pela legislação eleitoral em vigor. (BRASIL, 2018, p. 9-10)

Analisando os fundamentos da decisão, percebe-se que há a limitação de um direito fundamental a partir de ato infralegal, circunstância apta a proporcionar usurpação da competência do Congresso Nacional. O agigantamento da função regulamentar do TSE, que não tem como base legitimadora a CF/88, mas sim o CE, pode se revelar prejudicial à democracia porque fomenta a atuação legiferante de um órgão que, no arranjo institucional previsto na Carta Magna, não tem como atribuição criar leis em seu sentido geral, abstrato e inovador.

Para citar dois exemplos mais recentes, apontam-se os arts. 9º e 9º-A da Res. TSE n. 23.610/2019, que versam sobre a desinformação na propaganda eleitoral, a seguir transcritos:[18]

> Da Desinformação na Propaganda Eleitoral
> Art. 9º A utilização, na propaganda eleitoral, de qualquer modalidade de conteúdo, inclusive veiculado por terceiras(os), pressupõe que a candidata, o candidato, o partido, a federação ou a coligação tenha verificado a presença de elementos que permitam concluir, com razoável segurança, pela fidedignidade da informação, sujeitando-se as pessoas responsáveis ao disposto no art. 58 da Lei nº 9.504/1997, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal (Redação dada pela Resolução nº 23.671/2021).
> Art. 9º-A.[19] É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral,

• • •

18 Goltzman (2022, p. 106) define desinformação como "conteúdo pensado, criado – ou editado – e disseminado para que uma pessoa ou grupo, idealizador ou contratante, ganhe algum proveito – econômico, político, concorrencial etc. – através do ato de causar dano, utilizando multimeios e elementos da psicologia – vieses, gatilhos emocionais – para manipular, driblar a racionalidade e enganar pessoas em um dado contexto".

19 O art. 9-A da Res. n. 23.610/2019 foi revogado pela Res. n. 23.714/2022. Todavia, o texto está praticamente reproduzido no art. 2 desta última: "Art. 2º. É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação

> inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação (Incluído pela Resolução nº 23.671/2021). (BRASIL, 2019a)

Inicialmente, afirma-se que é importante e salutar a preocupação que a JE tem tido com o enfrentamento da desinformação relacionada ao processo eleitoral. Foi criado um programa permanente, de cunho não sancionatório e com abordagem multidisciplinar, que, para o pleito de 2022, tem três pilares: informar, capacitar e responder. Informar, porque busca disseminar junto à população informação oficial, confiável e de qualidade. Capacitar, pois visa educar a sociedade para compreender a desinformação e conhecer o processo eleitoral. Por fim, explicar as situações que geram dúvidas e têm potencial de desinformar o eleitorado (BRASIL, 2022).[20]

A despeito da intenção de resguardar a integridade do pleito, não há correspondente legislativo ao disposto no art. 9º. Trata-se de uma inovação feita pela JE por meio de sua função regulamentar que criou, inclusive, uma presunção aos candidatos: qualquer conteúdo por eles repassado durante a propaganda pressupõe que verificaram a fidedignidade da informação, com possibilidade de persecução penal, a depender do caso concreto.

Ramayana (2019, p. 97) explica que "o poder regulamentar deve situar-se *secundum legem* e *praeter legem*, sob pena de invalidação e, em atendimento ao disposto no art. 5º, inc. II, da CF, pois 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'". No caso do art. 9º, o que ocorre é a criação do direito, sem qualquer trâmite legislativo, debate no parlamento e sem a existência de lei. Não se percebe base normativa que ampare a prescrição prevista no texto da resolução.

Já o art. 9º-A é a positivação em norma do julgamento realizado pelo TSE no Recurso Ordinário Eleitoral n. 060397598/PR, cujo acórdão data de 28 de setembro de 2021, e teve como relator o ministro Luis Felipe Salomão.

Na origem, foi ajuizada uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral em desfavor do então deputado federal Fernando Destito Francischini, que, no pleito de 2018, disputou e venceu as eleições para o cargo de deputado estadual pelo Partido Social Liberal (PSL), no Paraná.

No dia do pleito, às 16h38min, portanto, próximo ao fim da votação, o candidato iniciou uma *live* na plataforma *Facebook* em que teria afirmado que estava munido de provas que comprovavam fraudes existentes em urnas eletrônicas no estado do Paraná. Conforme registro

• • •

> ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos".

20 Caso o leitor queira consultar o plano estratégico, para as eleições 2022, do Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação, verificar Brasil (2022).

feito na decisão, o parlamentar aduziu que estava fazendo a denúncia na condição de delegado da Polícia Federal e de deputado federal, condição que lhe concederia imunidade.

O Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR), em seu julgamento, entendeu que o uso indevido dos meios de comunicação não fora configurado, uma vez que este necessitaria da utilização de veículos de imprensa, como rádio, jornal ou televisão, em benefício de determinado candidato, seja pela concessão, em seu favor, de espaço privilegiado na mídia, seja pela crítica abusiva aos demais concorrentes (propaganda eleitoral negativa). Para o regional paranaense, aplicativos de mensagens e contas pessoais em redes sociais não se amoldariam ao conceito legal.

O Ministério Público Eleitoral levou a questão ao TSE. A Corte consolidou o entendimento de que a internet e as redes sociais se enquadram, sim, no conceito de "veículos ou meios de comunicação social" a que alude o art. 22 da LC n. 64/1990. No entendimento do órgão, o art. 22 contém uma definição de tipo aberto.

Assim, nota-se que a conclusão atingida pelo TSE no julgamento do Recurso Ordinário Eleitoral n. 060397598/PR foi consolidada e escrita no art. 9º-A, como se norma fosse. Não é razoável que a Corte Eleitoral coloque seus julgamentos em forma de artigos de resolução quando não existe lei estrita que tenha aquele comando, sobretudo quando se trata do julgamento de um único caso.

Não se pode afirmar, na hipótese do art. 9º-A, que foi uma espécie de positivação da jurisprudência porque nem mesmo jurisprudência se tem, mas tão somente uma decisão que ainda é objeto de debate. Recentemente, o ministro Nunes Marques, inclusive, chegou a afastar a decisão do TSE quando concedeu a Tutela Provisória Antecedente 39. Todavia, o entendimento da Corte Eleitoral prevaleceu após julgamento da Segunda Turma do STF, que restabeleceu a decisão por três votos a dois.

Nesse sentido, é possível perceber que o conceito de ativismo pode ser transladado para a função regulamentar da JE. Ela tem ido além das competências que lhe foram designadas no CE e na CF, e acaba por inovar na ordem jurídica.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar a terceira função especial da JE, isto é, a consultiva, para a qual a próxima seção está destinada.

3. Análise crítica da função consultiva do Judiciário eleitoral

Assim como ocorre com a atividade normativa da JE, sua função consultiva não foi prevista na CF vigente. O CE traz, em seu art. 23, XII, que compete privativamente ao TSE "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político".[21] Lado outro, o art. 30, VIII,

21 O Projeto de Lei Complementar que institui o Novo Código de Processo Eleitoral retira o dispositivo

do mesmo diploma aponta que é de competência privativa dos TREs "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político".[22]

Embora o TSE seja um órgão do Poder Judiciário, responde a consultas, o que é uma peculiaridade da Corte. "O Código Eleitoral fala em resposta, não tendo, portanto, tal manifestação o caráter decisório próprio da função jurisdicional, nem o caráter normativo típico da função regulamentar, pois não há edição de enunciado geral e abstrato" (COELHO, 2014, p. 24).

As consultas são formuladas em forma de perguntas. Os questionamentos não podem versar sobre situações concretas e as respostas obtidas não são vinculantes (MAIA, 2010). Logo, o TSE pode responder à consulta de determinada maneira, mas, em seus julgados, pode mudar ou afastar a tese e decidir de maneira diversa porque a função jurisdicional é regida pelo livre convencimento motivado.

Além disso, a autoridade consulente deve ter jurisdição federal. Nesse sentido, prefeitos, vereadores, deputados estaduais e afins estão impossibilitados de requerer manifestação da Corte para responder aos quesitos.

Prescreve o art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Entretanto, a função consultiva do TSE não promove essa segurança, principalmente porque não vincula a Corte (e nem poderia), já que um instrumento administrativo não pode engessar sua função judicante. Tal atrito gera insegurança, uma vez que as orientações oriundas de consultas podem ser modificadas no curso de processos judiciais.

Por serem destituídas de abstração e generalidade, as consultas não podem ser objeto de controle de constitucionalidade por parte do STF (SALGADO, 2010). É importante ressaltar que as respostas às consultas são feitas na forma de uma resolução, cuja origem repousa não no poder regulamentar, mas sim na função consultiva do TSE. Por isso, mesmo que tenham forma idêntica, o conteúdo é distinto a ponto de uma espécie poder ser atacada em sede de controle de constitucionalidade e a outra, não. Contra os posicionamentos exarados em consulta tampouco cabe recurso (ZILIO, 2019).

Tal qual a função normativa, o órgão de cúpula da JE também tem inovado na ordem jurídica por meio das consultas que lhe são formuladas.

correspondente do rol de competências do TSE. Entende-se, portanto, que a função consultiva será extinta caso o Código seja aprovado com a redação atual.

22 Por abarcar todo o território nacional, e em simetria ao raciocínio adotado na análise da função normativa, este artigo terá por foco o papel consultivo do TSE, deixando de lado o dos TREs, porque analisar o papel consultivo de todos os TREs da federação ampliaria muito o escopo da investigação.

> A resposta a consultas levou a alterações profundas nas regras do jogo democrático e ao afastamento de dispositivo constitucional expresso. Ainda que o próprio Poder Judiciário faça a leitura constitucionalmente adequada das resoluções e das consultas, na realidade essas manifestações do poder regulamentar da Justiça Eleitoral vêm inovando na ordem jurídica, sem qualquer reação por parte do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, sob seu comando.
> Foi assim na "verticalização das coligações" e na possibilidade de decretação de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. (SALGADO, 2010, p. 308)

Outrossim, Salgado (2010, p. 305) defende que as funções normativa e consultiva não foram recepcionadas pela CF/88, que a elas não faz menção. Em sua tese, sustenta que a CF/88, em momento algum, trata de realização de consultas ou expedição de regulamentos por parte da JE. Esses institutos, por estarem previstos no CE, lei anterior à CF/88, não teriam sido recepcionados por esta.

O atual Projeto de Lei Complementar que institui o Novo Código de Processo Eleitoral retira do rol de competências do TSE as respostas às consultas, o que corrobora o entendimento de que o instituto não tem base constitucional e deve ser extirpado do ordenamento jurídico. De fato, ainda que se saiba que o TSE é um órgão de governança eleitoral e não apenas uma corte, não faz sentido que as mesmas autoridades que julgam as lides eleitorais respondam a consultas, mesmo que feitas em tese. Nessa sistemática, corre-se o risco de os julgadores adiantarem posicionamentos pessoais ou tendências que podem refletir sobre ações em curso.

Contudo, há autores que defendem a permanência das consultas no Novo Código. Em nota técnica, a Transparência Eleitoral Brasil (2021, p. 8) pontuou que

> muitos dos progressos e avanços do PLP são fruto de respostas a consultas, o que faz ser mais contraditória a sua eliminação. Trata-se de uma função consultiva que acompanhou toda a trajetória da Justiça Eleitoral, desde a sua criação, no Código Eleitoral aprovado pela Lei n. 48/35 que, em seu art. 13, "m", atribuiu competência ao "Tribunal Superior" para "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe sejam feitas por autoridades públicas ou partidos registrados".

A despeito da preocupação externada pela entidade, as peculiaridades do OE pátrio fazem com que as consultas sejam respondidas pelos magistrados que julgam os casos submetidos à própria Corte, o que representa, também, uma contradição. Os mesmos julgadores explicarão dúvidas sobre as normas eleitorais e situações que, futuramente, poderão julgar.

Ainda que se considere a função consultiva como constitucional, é inegável que o seu exercício pode tornar um ambiente propício à adoção de posicionamentos de viés nitidamente ativista. A seguir, há dois exemplos de consultas, do ano de 2020, que apresentaram inovações não previstas em lei.

3.1. Consulta n. 0603816-39.2017.6.00.0000

A CF, em seu art. 17, § 1º, consagra o princípio da autonomia partidária.[23] Nas palavras de Gomes (2018), a liberdade concedida aos partidos tem quatro desdobramentos. Primeiro, eles podem definir sua estrutura interna; segundo, os grêmios possuem discricionariedade na escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios; terceiro, há autonomia para estabelecer regras sobre sua organização e seu funcionamento; quarto, existe liberdade na adoção dos critérios de escolha e do regime das coligações nas eleições majoritárias. Gomes (2018) rememora que a liberdade não se dá de maneira absoluta, estando vinculada às restrições legais, mormente no que toca à sua criação, ao seu funcionamento, à sua transformação e ao seu financiamento.

Analisando os cargos eletivos ocupados no Brasil, vê-se que a maioria está nas mãos de homens, conforme os dados estatísticos que seguem.[24] Na Câmara dos Deputados, em sua 56ª legislatura (2019-2023), dos 543 parlamentares, 467 são do gênero masculino e 76 são do gênero feminino, o que representa aproximadamente 14% das cadeiras ocupadas por mulheres.[25]

Para a mesma legislatura (2019-2023), das 81 cadeiras do Senado, mulheres ocupam somente 11 lugares.[26] Na presidência da República, apenas uma mulher ocupou o posto de presidente do país desde a Proclamação da República.[27] Entretanto, as mulheres são minoria apenas em termos de representação política, uma vez que constituem 50,19% do eleitorado nacional.[28]

23 "Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária" (BRASIL, 1988).

24 A palavra "homem" aqui empregada denota o conceito de homem cis, isto é, aquele que ao nascer foi designado como homem e ao crescer manteve sua identificação masculina. Entende-se importante fazer essa ressalva porque, tratando-se de representatividade política, essas distinções são relevantes, especialmente diante de um Congresso Nacional que não possui (ainda) parlamentares transgêneros.

25 Os dados foram retirados do sítio eletrônico da Câmara (https://www.camara.leg.br/deputados/quem-sao).

26 Os dados foram retirados do sítio eletrônico do Senado (https://www25.senado.leg.br/web/senadores/em-exercicio/-/e/por-sexo).

27 Dados obtidos no sítio da Biblioteca da Presidência (http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes).

28 Dados extraídos do sítio do TSE e referem-se ao mês de junho do ano de 2020 (http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria).

Além disso, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), consoante dados retirados de seu sítio eletrônico, o Brasil possui 5.570 municípios.[29] No entanto, nas eleições municipais de 2020 (mandato 2021-2024), somente 658 cidades elegeram mulheres para o Executivo, o que representa 11,8% do total (GUEDES, 2020). Ramos e Silva (2019), tratando das eleições municipais de 2016, afirmam que, dos 57.862 assentos no Legislativo, somente 7.812 (o que representa 14%) foram ocupados por mulheres. Já para o cargo de governador nas eleições gerais de 2018, das 27 vagas, somente uma é ocupada por mulher, no estado do Rio Grande do Norte, gerido por Fátima Bezerra.[30]

Um estudo realizado pela entidade internacional Parline, que possui um *ranking* mundial de acordo com o número de mulheres que tenham cadeiras nos parlamentos, coloca o Brasil na posição 142, de um total de 193 países pesquisados.[31] A ausência de mulheres nos cargos políticos tem feito com que o legislador utilize instrumentos normativos que as incentivem a participar da vida pública, mas também as protejam de violências que possam dificultar sua jornada. Recentemente, foi publicada a Lei n. 14.192/2021, a qual estabelece normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher.

A norma define como violência política contra mulher toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir seus direitos políticos. No mesmo sentido, o diploma determina que não será tolerada propaganda eleitoral que deprecie a condição de mulher ou estimule sua discriminação em razão do sexo feminino ou em relação à sua cor, raça ou etnia.

Já em 2009, como maneira de incentivar a participação feminina na política, foi editada a Lei n. 12.034/2009, que reformulou o § 3º do art. 10 da Lei Geral das Eleições para estabelecer que, do número de vagas reservado para cada partido concorrer ao Legislativo,[32] um mínimo de 30% e o máximo de 70% deverão ser preenchidos por candidaturas de cada sexo.[33]

29 Dados extraídos do sítio do IBGE, podendo ser aqui consultados: https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html?view=municipio.

30 Dados retirados do sítio do TSE, por meio da aplicação DivulgaCandContas (https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/).

31 Para consultar os dados: https://data.ipu.org/women-ranking?month=5&year=2022.

32 Quando se trata do Legislativo, fala-se apenas dos cargos que contam com eleições proporcionais, o que exclui o de senador, por contar com o sistema majoritário simples.

33 É a denominada "cota de gênero". Devido à ausência de mulheres na política, a lei é empiricamente interpretada como a ideia de que cada partido, ao protocolar o Documento de Regularidade de Atos Partidários (DRAP), deve ter, ao menos, 30% dos candidatos que concorrem ao pleito como do gênero feminino. Contudo, em tese, pode haver o inverso: 70% do gênero feminino e 30% do gênero masculino. O TSE já

No ano de 2017, a senadora Lídice da Mata realizou uma consulta junto ao TSE (n. 0603816-39.2017.6.00.0000) sobre a temática, a qual foi respondida em 2020, tendo por relatora a ministra Rosa Weber. O feito tinha dois questionamentos, que seguem: as regras do § 3º do art. 10 da Lei n. 9.504/1997 devem ser aplicadas internamente aos partidos para a composição de suas comissões executivas e de seus diretórios? E, sendo a resposta positiva, os partidos que não cumprirem a cota terão seu pedido de anotação indeferido nos termos da Res. TSE n. 23.465/2015?

Em sessão ocorrida em 19 de maio de 2020, o plenário da Corte Eleitoral respondeu o primeiro quesito positivamente. Em seu voto, a ministra relatora ponderou que, se os partidos devem obedecer às regras para concorrer aos cargos do Legislativo, a mesma orientação deve ser seguida, internamente, quando da disputa dos cargos de suas comissões executivas e de seus diretórios, em todas as esferas (nacional, estadual, distrital e municipal). Para ela, não aplicar a regra, simultaneamente, nos âmbitos interno e externo, constituiria um paradoxo democrático.

O ministro Roberto Barroso, vice-presidente à época, ao votar, propôs que fosse enviado um apelo ao Congresso Nacional para que houvesse a criação de uma normativa que obrigasse os partidos a cumprirem a cota de gênero no âmbito interno e sancionasse as legendas que não cumprissem com a reserva de vagas. A proposta do ministro Barroso foi acolhida pela maioria dos pares.

Quanto ao segundo quesito, a relatora votou negativamente, sendo acompanhada pelos ministros Luís Roberto Barroso, Og Fernandes e Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Entretanto, deve-se pontuar que o ministro Edson Fachin abriu divergência, sendo acompanhado pelos ministros Luis Felipe Salomão e Sérgio Banhos. A tese do magistrado, malgrado não tenha formado maioria, foi de que não deveriam ser promovidas as anotações de órgãos de direção partidária cujas legendas não comprovem a observância da reserva de gênero na escolha de seus membros.

Essa consulta formulada ao TSE serve para mostrar uma zona de penumbra na atuação da Corte, que por vezes se inclina para a inovação no mundo jurídico. Sabe-se que o resultado das consultas não vincula as partes e os julgadores, mas a resposta dada ao caso é questionável, do ponto de vista de sua base constitucional, quando se tem em mente a autonomia partidária defendida por Gomes (2018). A CF é expressa ao dar liberdade para que os partidos desenhem a maneira de escolha, formação e o tempo de duração de seus diretórios e comissões.

Como explicado por Gomes (2018), os partidos podem definir a sua estrutura interna. Em obediência ao princípio da liberdade partidária, restrições à autonomia devem estar ancoradas

respondeu que transexuais e travestis podem compor a cota do gênero feminino nos autos da Consulta n. 0604054-58.2017.6.00.0000.

em norma, sob pena de desvirtuamento do princípio da legalidade insculpido no art. 5º da CF do Brasil.

Ademais, a regra das cotas de gênero está topograficamente localizada, dentro da Lei Geral das Eleições, na seção que trata do registro de candidatos para o pleito propriamente dito. Interpretar a norma de maneira a enquadrá-la no âmbito interno das legendas é promover um salto interpretativo e criar uma obrigação que o legislador não impôs aos partidos, em um comportamento ativista da JE.

É estreme de dúvidas a importância social que deve ser dada ao incentivo à participação feminina na política. Porém, a função consultiva do TSE deve ser interpretativa e não de fomento ou de criação de uma política pública, que deve partir do Legislativo ou do Executivo. Não só isso. Em sede de consulta, o tribunal deve responder aos quesitos de forma objetiva e fundamentada. Propor que o Legislativo normatize uma opinião dada pelo TSE e, da mesma forma, sancionar quem a descumpra aparenta ser um posicionamento que excede o viés consultivo e acaba por embaralhar as atribuições da Corte.

Ainda assim, por apenas um voto de diferença, a tese do ministro Edson Fachin não prevaleceu. Se o posicionamento fosse vencedor, criar-se-ia, em sede de consulta, uma punição sem substrato legal a instâncias partidárias. A esfera de poder do Legislativo estabelecida pela CF não pode ser esvaziada e as escolhas feitas pelo legislador ordinário não devem ser desconsideradas por outros braços do Estado no exercício de suas funções.

Não se olvida que existe quem defenda uma leitura constitucional da autonomia partidária. Expressando esse pensamento, Salgado e Hualde (2015, p. 78) dissertam:

> No Brasil, como afirmado, não há comando legislativo impondo a democracia partidária. A autonomia garantida pela Constituição de 1988 tende a contar com uma interpretação ampla por parte da doutrina e da jurisprudência, por força da resposta às "amarras de antipartidarismo inserido nas Constituições anteriores e nas legislações que regulamentavam a vida política dos partidos políticos". Parece, no entanto, que a leitura que mais se harmoniza com o sistema constitucional é a de uma autonomia mitigada dos partidos políticos, em face da posição que estes ocupam no Estado brasileiro. Os valores constitucionais recortam a capacidade de auto-organização e funcionamento dos partidos, impondo uma atuação condizente com os princípios republicano e democrático. Os estatutos dos partidos políticos e, de maneira mais enfática, sua prática cotidiana devem fazer eco aos comandos constitucionais, exigências do Estado Democrático de Direito que empresta aos partidos políticos papel protagonista na democracia representativa.

Todavia, a questão que se tem é a forma como tal leitura constitucional é implementada. Deve-se lembrar que consultas são instrumentos de cunho administrativo direcionadas ao organismo de governança eleitoral do Brasil que, embora faça parte do Judiciário, nesse momento não age como Estado-juiz.

3.2. Consulta n. 0600306-47.2019.6.00.0000

Outro caso que pode exemplificar como as consultas têm inovado no Direito e criado obrigações aos partidos políticos que não estão previstas em lei está retratado na Consulta n. 0600306-47.2019.6.00.0000. Ela teve como consulente a deputada federal Benedita Souza da Silva Sampaio, que atuou com apoio da organização não governamental Educafro.

Na oportunidade, foram formulados dois requisitos. O primeiro questionamento feito foi se os recursos financeiros e o tempo de rádio e televisão destinados às candidaturas de mulheres, em razão das cotas de gênero, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas, de acordo com o percentual de 50% para cada grupo, dada a distribuição demográfica brasileira. A segunda pergunta foi se deveria haver reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos mesmos termos da cota de gênero prevista no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, com a consequente destinação proporcional do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita na rádio e na televisão para candidaturas de pessoas negras.

A resposta dada na consulta traz dados importantes sobre a realidade brasileira e sobre o racismo estrutural.[34] No entanto, a legislação eleitoral é completamente silente sobre a questão. Ora, se a norma jurídica não trouxe previsão de como os recursos devem ser distribuídos internamente, presume-se que o partido político goza de autonomia para fazê-lo.

No entanto, a resposta do TSE foi diferente. A Corte afirmou que os recursos públicos (tanto do Fundo Partidário quanto do FEFC) e o tempo de rádio e televisão destinados às candidaturas de mulheres, conforme lógica oriunda das decisões judiciais do STF na ADI n. 5.617/DF e do TSE na Consulta n. 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.

Salienta-se que a Assessoria Consultiva (Assec), órgão técnico que exara parecer nas consultas submetidas à Corte, opinou pela resposta negativa aos questionamentos ante a necessidade de observância do devido processo legislativo. Considerou a Assec que o exercício do poder normativo no sentido de criar novas cotas em razão da raça configuraria inovação na legislação eleitoral, em desobediência ao processo legislativo pátrio.

O parecer da Procuradoria-Geral Eleitoral também foi no sentido de que a resposta aos questionamentos deveria ser negativa em decorrência da falta de norma regulamentadora. Mesmo que considerasse a ideia louvável, no entendimento do Ministério Público Eleitoral, a discriminação positiva de candidaturas negras só poderia ocorrer por meio de lei formal.

• • •

34 Bersani (2018, p. 193) aduz que "o racismo estrutural corresponde a um sistema de opressão cuja ação transcende a mera formatação das instituições, eis que perpassa desde a apreensão estética até todo e qualquer espaço nos âmbitos público e privado, haja vista ser estruturante das relações sociais e, portanto, estar na configuração da sociedade, sendo por ela naturalizado".

No entanto, não foi essa a conclusão a que chegou o TSE. A consulta criou uma obrigação aos partidos políticos sem norma que a fundamente. Trata-se de uma verdadeira política racial, com interferência na autonomia partidária. Conforme apontam Rais *et al*. (2020, p. 34), as eleições devem ser regidas pelo princípio da intervenção estatal mínima. Um exemplo disso, para os autores, é que a Emenda Constitucional (EC) n. 97/2017 garante aos partidos políticos autonomia para definirem sua estrutura interna.

Somente uma lei estrita, como consequência do princípio da legalidade, previsto no art. 5º da CF, pode determinar que os partidos devam agir dessa ou daquela maneira. No vácuo normativo, deve haver a autonomia partidária para gerir seus recursos.

Nesse caso, nem se pode dizer que o TSE agiu como braço do Judiciário em prol de grupos socialmente minoritários exercendo seu papel contramajoritário. Isso porque não se tem uma ação judicial, mas sim uma consulta. A consulta está na esfera de atribuição administrativa da Corte como organismo de governança eleitoral.

É conhecimento disseminado que o Poder Judiciário deve garantir os direitos dos grupos minorizados e vulnerabilizados previstos na CF, exercendo seu caráter contramajoritário. Nas palavras de Leonhardt Junior (2019, p. 55), "a função contramajoritária visa garantir a força normativa da Constituição e a conservação do princípio da dignidade da pessoa humana. Em caso adverso, os arranjos minoritários seriam perseguidos e, ao final, eliminados".

Ocorre que criar uma verdadeira política pública no bojo dos partidos por meio de uma consulta é modificar uma sistemática administrativa, dando ares de jurisdição a um instituto que não é exercido pela JE na sua condição de braço do Judiciário.

Portanto, pode-se perceber que também na função consultiva o conceito de ativismo judicial pode ser transladado. Embora a consulta sirva, em tese, para elucidação de questionamento ou dúvidas que as autoridades com jurisdição federal tenham sobre normas, ela acaba por inovar no Direito sem que haja autorização legislativa. Tal como o Poder Judiciário acaba indo além de suas competências fixadas na CF/88 diante de julgamentos que lhe são submetidos, a JE, quando responde às suas consultas, adota o mesmo padrão de cunho ativista, como se depreende dos dois exemplos citados.

Considerações finais

O ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política. Esta é compreendida como um fenômeno que transporta os debates de temas eminentemente políticos e com raiz no Legislativo e no Executivo para o Poder Judiciário. Já aquele é uma atitude proativa do Judiciário que, em suas decisões e interpretações legais e constitucionais, deliberadamente age para além de sua competência constitucional, inovando no Direito posto ora para criar obrigações, ora para criar exceções aos regimes jurídicos estabelecidos, sem que haja fundamento normativo.

A JE, como órgão do Judiciário brasileiro, não está imune a decisões ativistas em sua atividade jurisdicional. Porém, devido às suas funções diferenciadas, observam-se comportamentos

ativistas também no exercício de expedição de resoluções e consultas, quando, na verdade, nem uma nem outra podem criar regras jurídicas.

Embora a legislação eleitoral seja antiga e, por vezes, confusa, não é papel do TSE ou dos demais órgãos da JE criar regras jurídicas, proibições, exceções, obrigações e deveres aos atores sujeitos à sua jurisdição, mormente por meio de resoluções e consultas.

Questiona-se, em última análise, a constitucionalidade das consultas. Embora não versem sobre casos concretos, os questionamentos são formulados para que o próprio órgão julgador se pronuncie sobre a maneira como interpreta a legislação, sendo suas respostas não vinculantes, o que gera alguns percalços aos consulentes.

A primeira dificuldade apontada pela ausência de vinculação é que o tribunal pode se manifestar de uma forma em determinada consulta e decidir de outra, o que não é improvável devido à rotatividade dos membros que assumem a função de magistrados eleitorais temporariamente por não mais que dois biênios consecutivos. Assim, os candidatos e os partidos podem adotar todo o procedimento apontado como correto e, futuramente, ser surpreendidos com uma decisão contraditória.

Outra dificuldade pela falta de vinculação ocorre com o oposto disso: o partido ou candidato, ainda que não siga o posicionamento exarado na consulta, pode se livrar de qualquer consequência no momento do julgamento. Imagine a incoerência: uma parte não segue a consulta e sai ilesa, ao passo que a outra parte, que se posicionou da forma que a consulta fora respondida, acaba sendo prejudicada por seguir a orientação.

Por derradeiro, resoluções de cunho ativista acabam por contribuir com a judicialização da política. Os atores do processo eleitoral que se sentem de alguma forma prejudicados com inovações levam a questão até o STF, mormente porque os partidos políticos são legitimados universais na sistemática do controle de constitucionalidade adotado pela CF/88.

Um ramo do Poder Judiciário que assume funções amplificadas para além daquelas comumente reservadas a seus congêneres, cuja competência recai sobre a atuação de agentes políticos e instâncias partidárias e sobre a gestão burocrática das atividades eleitorais, deve preservar o tanto quanto possível a tecnicidade e o comedimento de sua atuação, sob risco de, ao não o fazer, tornar-se ele próprio um fator de instabilidade política e social.

Um comportamento ativista em área tão sensível, sobretudo em momentos de grande polarização como o atual, pode levar a indagações crescentes sobre a legitimidade e a imparcialidade de seus julgados, gerando como consequência, em última análise, seu descrédito constante na sociedade como órgão de mediação de interesses.

As consultas, conquanto tenham teoricamente uma natureza orientadora, revestem-se de inegável traço impositivo, visto que, na prática, ao menos no momento em que são expedidas, antecipam posições e tendências dos próprios integrantes do órgão julgador, aos quais serão dirigidas eventuais pretensões em um futuro próximo.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem às pessoas que avaliaram o artigo pelas contribuições, bem como toda a equipe da Revista Direito GV, *em especial sua editora-chefe, pela seriedade na condução do processo e sugestões que enriqueceram o texto final.*

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Fabia Cristina da S.; CARVALHO, Marco Cesar de. Da espera excessiva em fila de banco: da afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, [*s. l.*], v. 9, n. 2, p. 1-24, 2014.

ANDRADE NETO, João. Controle e judicialização das eleições: a legitimidade de juízes e tribunais eleitorais para decidirem "questões políticas". *In*: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano (orgs.). *Justiça Eleitoral, controle das eleições e soberania popular*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 277-315.

BARRETO, Alvaro Augusto de B. A Justiça Eleitoral brasileira: modelo de governança eleitoral. *Paraná Eleitoral – Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 189-216, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a política. *Migalhas*, [*s. l.*], 5 fev. 2014. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf. Acesso em: 1º jul. 2020.

BERSANI, Humberto. Aportes teóricos e reflexões sobre o racismo estrutural no Brasil. *Revista Extraprensa*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 175-196, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa permanente de enfrentamento à desinformação no âmbito da Justiça Eleitoral*: Plano Estratégico Eleições 2020. Brasília: TSE, 2022. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/programa-permanentede-enfrentamento-a-desinformacao-novo.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 23.610, de 18 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Brasília: TSE, 2019a. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019?texto=compilado. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.032, de 5 de dezembro de 2019b*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Prestação de contas de partido político. 3. Sanção de suspensão do órgão regional ou zonal que tenha as contas julgadas não prestadas. Sanção prevista no art. 47, *caput* e § 2º, da Res./TSE 23.432/2014; no art. 48, *caput* e § 2º, da Res./TSE 23.546/2017; e no art. 42, caput, da Res./TSE 23.571/2018. 4. Ação julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição. Requerentes: Partido Socialista Brasileiro e Partido Popular Socialista. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador. jsp? docTP=TP&docID=752437787. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de 13 de junho de 2019c*. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBTI+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional. [...]. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção (MI) n. 4733, de 13 de junho de 2019d*. Direito constitucional. Mandado de Injunção. Dever do Estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. Discriminação inconstitucional. Omissão do Congresso Nacional. Mandado de Injunção julgado procedente. [...]. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente= 4239576. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.122, de 3 de maio de 2018*. 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 25, § 2º, da Resolução 23.404, de 05 de março de 2014, do TSE, que dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014. Vedação à realização de propaganda eleitoral via telemarketing, em qualquer horário. 3. Pressupostos formais da ação observados. [...]. Requerente: Partido Trabalhista do Brasil. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419208/false. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.947, de 1º de julho de 2014*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito constitucional eleitoral. Art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar n. 78/1993. Definição da representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados. Art. 45, § 1º, da Constituição da República. Proporcionalidade relativamente à população. [...]. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. 1º de julho de 2014. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081176. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.999-7, de 12 de novembro de 2008*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral 22.610/2007 e 22.733/2008. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária. [...]. Requerente: Partido Social Cristão. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 26.604, de 4 de janeiro de 2007*. Direito constitucional e eleitoral. Mandado de segurança impetrado pelo Partido dos Democratas – DEM contra ato do presidente da Câmara dos Deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE na Consulta n. 1.398/2007. [...]. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente de Câmara dos Deputados. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O controle jurisdicional do processo político no Brasil. *Paraná Eleitoral – Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 183-193, 2012.

CARLONI, Paola Regina. A história e a constituição da Psicanálise: introdução aos principais conceitos freudianos para entender a subjetividade humana. *Revista Eletrônica de Educação da Faculdade Araguaia – Renefara*, [*s. l.*], v. 1, n. 1, p. 1-14, 2011.

CARLOS, Fabiano G. Separação de Poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317, jan./abr. 2017.

COELHO, Margarete de C. *A democracia na encruzilhada*: reflexões acerca da legitimidade democrática da Justiça Eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. 2014. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

COSTA, Rafael Antônio. As funções da Justiça Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 131-148, jul./dez. 2016.

GOLTZMAN, Elder M. *Liberdade de expressão e desinformação em contextos eleitorais*: parâmetros de enfrentamento com base nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GUANAES, Carla; JAPUR, Marisa. Construcionismo social e metapsicologia: um diálogo sobre o conceito de *self*. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, [*s. l.*], v. 19, n. 2, p. 135-143, maio/ago. 2003.

GUEDES, Aline. Em 2021, mulheres comandarão 658 prefeituras, em apenas 11,8% das cidades. *Agência Senado*, [*s. l.*], 30 nov. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/30/em-2021-mulheres-comandarao-658-prefeituras-em-apenas-11-8-das-cidades. Acesso em: 12 jun. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S.; DIAS, Maria Tereza F. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HASSELMANN, Gustavo. Ativismo judicial no STF. Acertos ou desacertos? *Migalhas*, [*s. l.*], 25 jan. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/294916/ativismo-judicial-no-stf-acertos-ou-desacertos. Acesso em: 1º jul. 2020.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, [*s. l.*], v. 251, p. 139-178, 2009.

JARDIM, Torquato; HELPA, Caroline de Fátima; SILVA, Guilherme de Abreu e. Justiça Eleitoral: uma história de intervencionismo judicial: palestra proferida por Torquato Jardim no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 253-262, jul./dez. 2017.

LEONHARDT JUNIOR, Sérgio Elemar. *O Supremo Tribunal Federal e as minorias*: uma análise das decisões em demandas relativas à não discriminação e realização do direito de igualdade. 2019. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2019.

MAIA, Clarissa F. *O ativismo judicial no âmbito da justiça eleitoral*. 2010. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: o modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. *Dados*, [*s. l.*], v. 51, n. 4, p. 865-893, 2008.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Revista Novos Estudos*, São Paulo, v. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MILÍCIO, Gláucia. Ativismo judicial estica limites da Justiça. *Consultor Jurídico*, [*s. l.*], 12 jul. 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica. Acesso em: 3 jul. 2020.

OSORIO, Aline. Conclusão. *In*: OSORIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão.* Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 421-443.

PECCININ, Luiz Eduardo. Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral. *Paraná Eleitoral – Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 321-344, 2013.

PEREIRA, Manuela de Souza. Governança eleitoral na América Latina: dispositivos constitucionais comparados. *Debate*, [*s. l.*], v. 4, n. 3, p. 41-47, 2012.

RAIS, Diogo *et al. Direito eleitoral digital*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2019.

RAMOS, Luciana de O.; SILVA, Virgílio Afonso da. The Gender Gap in Brazilian Politics and The Role of the Electoral Court. *Politics and Gender*, [*s. l.*], v. 16, n. 2, p. 315-338, 2019.

SADEK, Maria Tereza A. Justiça Eleitoral e a legitimidade do processo eleitoral. *In*: SADEK, Maria Tereza A. *et al. Justiça Eleitoral*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree; HUALDE, Alejandro P. A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Curitiba, v. 15, n. 60, p. 63-83, abr./jun. 2015.

SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina V. A criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista DIREITO UFMS*, Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 294-317, jul./dez. 2019.

SILVA, Fernando Matheus da; GOLAMBIUK, Paulo Henrique. A missão constitucional da Justiça Eleitoral – Entre o ativismo e a autocontenção judicial (Conferência proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral). *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 95-106, jul./dez. 2017.

TRANSPARÊNCIA ELEITORAL BRASIL. *Nota Técnica sobre o PLP 112/2021 do Novo Código Eleitoral*. 2021. Disponível em: https://transparenciaeleitoral.com.br/wp-content/uploads/2021/09/NOTA-TE%CC%81CNICA-Co%CC%81digo-eleitoral-completa.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

ZAULI, Eduardo M. Justiça Eleitoral e judicialização das eleições no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos,* Belo Horizonte, n. 102, p. 255-289, 2011.

ZILIO, Rodrigo L. *Direito eleitoral.* 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

ZILIO, Rodrigo L. Ativismo judicial e Justiça Eleitoral. *Revista Democrática*, Cuiabá, v. 5, p. 87-105, 2019.

Como citar este artigo:

GOLTZMAN, Elder Maia; RAMOS NETO, Newton Pereira. Ativismo judicial e Justiça Eleitoral em suas funções não judicantes: uma análise crítica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, e2322, 2023. https://doi.org/10.1590/2317-6172202322

Declaração de Disponibilidade de Dados:

O conjunto de dados deste artigo está disponível no SciELO Dataverse da *Revista Direito GV*, no *link*: https://doi.org/10.48331/scielodata.BWU2BV.

Elder Maia Goltzman

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Analista judiciário da Justiça Eleitoral.

eldergoltzman89@gmail.com

Newton Pereira Ramos Neto

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

nramosneto@yahoo.com.br