

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL LIMITS TO THE NORMATIVE COMPETENCE OF THE SUPERIOR ELECTORAL COURT

Luiz Eduardo Peccinin¹

RESUMO

O presente trabalho visa um estudo dos parâmetros da chamada competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral para a edição de suas Resoluções Eleitorais. A partir da previsão constitucional da competência atribuída ao Chefe do Poder Executivo e a outros órgãos do Poder Judiciário para a edição de atos normativos secundários, destinados à fiel execução da lei formal do Parlamento, o artigo buscará, primeiro, sustentar a inequívoca inexistência deste “poder” ou “autorização” regulamentar à Justiça Eleitoral para, a seguir, em se admitindo a recepção desta competência, prevista no Código Eleitoral de 1965, delinear os limites ao exercício desta competência sob a luz do princípio da legalidade estrita à matéria eleitoral.

Palavras-Chave: Direito Eleitoral; Competência Regulamentar; Justiça Eleitoral; Tribunal Superior Eleitoral; Resolução Eleitoral.

ABSTRACT

This paper presents a study of the parameters of the regulatory competence of the Superior Electoral Court for editing its Electoral Resolutions. From the constitutional provision of the competence given to the Chief of the Executive Power and to other organs of the Judiciary Power to redact secondary normative acts intended to the faithful execution of the formal Act of Parliament, the article will seek, first, to sustain the unequivocal absence of this regulatory "power" or "authorization" to the Electoral Court, then to, in assuming the reception of this competence, foreseen in the 1965 Electoral Code, delineate the limits to the exercise of that competence in the light of the principle of strict legality of electoral matters.

Keywords: Electoral Law; Regulatory Competence; Electoral Justice; Superior Electoral Court; Electoral Resolution.

¹ Advogado. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR.

INTRODUÇÃO

Em sua história recente, a Justiça Eleitoral tem se apresentado como verdadeira protagonista no processo político e eleitoral, desbancando, em diversas vezes, candidatos, partidos e propostas. Sendo um ramo do Poder Judiciário que acumula as competências jurisdicional, administrativa, consultiva e, como aceito quase que pacificamente, normativa, o Tribunal Superior Eleitoral tem encabeçado um processo de “moralização” do cenário político visto em poucas democracias do mundo.

O foco do presente artigo é justamente o “poder” normativo supostamente conferido à Justiça Eleitoral pelo Código Eleitoral de 1965.

Para tanto, a primeira parte do presente trabalho tratará brevemente do princípio da legalidade e definirá o conceito de Poder Regulamentar e suas limitações a partir da leitura constitucional de 1988, analisando como, a partir da função administrativa do Chefe do Poder Executivo, a atribuição de expedir regulamentos deixa de ser uma mera faculdade (ou poder) para se tornar um dever de regular para a *fidel execução da lei*. Em seguida, agora a partir de uma função administrativa atípica atribuída pela Constituição, será apresentado de que modo esta "competência regulamentar" se manifesta no Poder Judiciário.

Apresentadas estas bases, a pesquisa passará a traçar um panorama mais detalhado sobre a Justiça Eleitoral em si e suas principais competências, em especial, sua competência normativa, exercida corriqueiramente por meio da edição de suas *resoluções eleitorais*. Finalmente no cerne e conclusão do presente trabalho, serão traçados de modo objetivo os limites constitucionais e legais ao exercício desta competência, principalmente sob a luz do princípio da legalidade estrita à matéria eleitoral.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

A Constituição da República, ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", consagra o princípio da legalidade como uma das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito

instituído pela Assembléia Nacional constituinte de 1988. Destarte, um estudo que tenha como um de seus objetivos analisar a *atividade normativa secundária*² exercida como competência atípica do Poder Judiciário, faz-se necessária, ao menos, uma breve análise de seu conteúdo.

Como forma de real garantia dos particulares face ao Estado, José Afonso da Silva ensina que, a eles, "só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas", e que, em todos os momentos, a atividade do Estado estará sujeita aos limites que a lei estabelecer, visto ser esta a expressão máxima da vontade geral, considerando que é "ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição" (SILVA, 2013, p. 422-423). Conforme atenta a literalidade do texto constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, em nenhum momento o preceito acima diz "decreto", "regulamento", "portaria" ou "resolução" (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 349), ou seja, somente a *lei formal*, criada pelo Poder Legislativo e a partir de um procedimento previsto na Constituição, é que poderá restringir a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

(...) o princípio da legalidade ali consubstanciado [art. 5º, II, CF] se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas instituições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar (SILVA, 2013, 422-423).

Sendo assim, a competência regulamentar³ no ordenamento brasileiro é aquela atribuída constitucionalmente ao Presidente da República para "expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução" (art. 84, inciso IV) e, ainda, para dispor mediante decreto sobre: "(a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos" e "(b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (art. 84, inciso VI). Tais espécies de regulamentos serão detalhadas mais à frente.

² Clèmerson Merlin Clève utiliza a expressão *atividade normativa primária* para definir a competência do Poder Executivo na elaboração de medidas provisórias e leis delegadas (art. 59, da CF), enquanto que a *atividade normativa secundária* seria aquela referente à competência estabelecida pelo art. 84, IV, da Constituição de 88 (CLÈVE, 2000, p. 270).

³ Vanessa Vieira de Mello utiliza a expressão *Competência Regulamentar*, pois entende ser esta a mais compatível com o Estado Democrático de Direito e, ainda, porque tal termo "traz a idéia de um dever, cujo descumprimento acarreta consequências" (MELLO, 2001, p. 45-48). Já Diógenes Gasparini prefere utilizar a expressão *Atribuição Regulamentar* (GASPARINI, 1982, p. 17-20).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua o Poder Regulamentar como "uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução" (DI PIETRO, 1999, p. 109). Já Vanessa Vieira de Mello define esta atribuição ao Chefe do Executivo como uma "competência normativa secundária, haurida do texto constitucional, dirigida ao Administrador Público, determinando a expedição de regulamentos, na busca da efetivação da lei, sujeita aos controles parlamentar e jurisdicional" (MELLO, 2001, p. 54)⁴.

É importante destacar que a edição de atos normativos gerais fora da esfera de competências do Legislador não constitui de modo algum ofensa ao princípio da separação dos poderes ou mesmo à legalidade. Existem fundamentos jurídicos e políticos que justificam a atribuição de uma competência regulamentar ao Poder Executivo.

Jurídica ou formalmente, a competência regulamentar dada ao chefe do Executivo encontra sua justificação no próprio texto da Constituição de 1988 (CLÈVE, 2000, p. 276), como dito anteriormente. Sendo assim, "se a matéria carente de regulamentação constituir parte do bloco reservado à lei e silente for o texto constitucional, não pode o Executivo, (...) arrogando-se ser portador de uma atribuição originária, baixar regulamentos sem que os preceda uma lei ou a necessária habilitação legislativa" (GASPARINI, 1982, p. 26).

É também no próprio texto constitucional que a competência regulamentar deve encontrar sua fundamentação jurídica. Os incisos IV e VI do art. 84 da Constituição da República instituem as únicas possibilidades de edição de atos normativos gerais que podem ser atribuídas ao Chefe do Poder Executivo. Ir além do que estabelecem estes dispositivos seria inovar no texto constitucional, o que, de forma alguma, pode ser admitido.

Politicamente, a regulamentação pelo Poder Executivo cumpre o papel de definir os pormenores imprescindíveis à viabilidade da fiel execução da lei. Por ser o Poder responsável por excelência a aplicar a lei aos particulares, a complexidade ou o tecnicismo de algumas matérias disciplinadas por lei formal podem exigir um conhecimento especializado ou uma oportunidade de ação imediata da Administração, o que justifica que esta, dentro dos limites estabelecidos pela

⁴ A autora acrescenta que a competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo não corresponde a uma função atípica deste Poder. É típica pois não há uma delegação da função legislativa, mas sim "o exercício do poder de editar normas, fundamental para aquele que conduz a máquina administrativa" (MELLO, 2001, p. 50).

lei regulamentada, edite atos normativos secundários com vistas a uma aplicação mais isonômica e eficaz de seu texto (GASPARINI, 1982, p. 21).

Uma vez que cabe ao Executivo executar as leis, somente poderia ser atribuída a ele, em um sistema de separação *harmônica* dos poderes, a competência de "regulamentá-la, estabelecendo as regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei", ou ainda "para desenvolver os preceitos constantes em lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada" (BANDEIRA DE MELLO, 2007 [1979], p. 354). Quanto às razões dos chamados "regulamentos autônomos", introduzidos no ordenamento brasileiro apenas após a EC nº 32/2001, adiante serão abordadas mais detalhadamente.

Conforme reconhece o próprio texto constitucional, esta competência advém da incapacidade de o Legislador antever todas as necessidades que existirão para a execução e aplicação dos comandos expressos no texto legal. Assim, tem-se que "juridicamente, o poder regulamentar é atribuição originária, de cunho constitucional, a qual traz em seu bojo a competência discricionária da Administração Pública" e, deste modo, "o ato de regulamentar uma lei constitui ato normal do Poder Executivo, que haure sua força do Texto Constitucional. É ato perene, não é precário (MELLO, 2001, p. 53).

Por fim, como atenta Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo algum esta competência regulamentar pode ser entendida como um mero poder de "escolha" pelo Chefe do Executivo. Se uma lei formal exige a regulamentação de seu texto para que se torne operável, não pode o Poder Executivo se omitir de expedir as medidas cabíveis, sob pena de inviabilizar o exercício de direitos e garantias constitucionais pelos indivíduos e ensejar, inclusive, a aplicação do art. 5º, LXXI⁵, da Carta Magna. Por sua vez, se admitirmos que o art. 84, IV, compreende uma simples *faculdade*, estaríamos a dar respaldo para que o Poder Executivo, ao frustrar a aplicação de uma lei que demande regulamentação, se sobreponha às decisões tomadas pelo Poder Legislativo (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 358).

O art. 84, inciso IV, da Constituição da República de 1988 estabelece que compete privativamente ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem

⁵ "LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;"

como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". Ou seja, cabe a ele editar os chamados *regulamentos de execução*, que são os regulamentos propriamente ditos.

No conceito mais preciso de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regulamento de execução pode ser definido como o "ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública"⁶. A edição de regulamentos, sob forma de *decreto*, nos termos do texto constitucional, é competência normativa secundária privativa do Chefe do Poder Executivo e encontra diversas limitações.

A primeira está na própria lei, em seu sentido mais amplo, ou seja, no próprio ordenamento jurídico. Da leitura do *princípio da legalidade*, nos termos do art. 5º, II, da Constituição de 1988, somente por meio de *lei*, em seu sentido formal e material, pode o Poder Público impor obrigações aos administrados, interferindo em sua liberdade ou propriedade. A função regulamentar no Brasil, portanto, limita-se "exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para 'fiel execução' da lei" (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 349).

Conforme já ensinou Pontes de Miranda, "onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa", sendo que, "o regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei" (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 314). No entendimento de Carlos Mário da Silva Velloso, enquanto que a lei formal não deve descer a detalhes, mas conter apenas regras gerais, os regulamentos, estes sim, cumprindo seu papel de lei apenas em sentido material e ato normativo secundário, devem ser detalhistas (VELLOSO, 1983, p. 40-41), do que pode-se adequadamente extrair uma relação de *acessoriedade* entre a lei e o regulamento⁷.

⁶ Para o autor, em verdade, este conceito é dado a todo regulamento, sendo que os regulamentos previstos no art. 84, VI, representam "uma *única e restritíssima hipótese* que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil" (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 347).

⁷ Segundo o prof. Clèmerson Merlin Clève, "os regulamentos são acessórios em relação à lei. Não podem tomar o lugar delas. Não podem assumir o papel que a Constituição reservou à lei. São atos normativos sujeitos à lei e dela dependentes. (...) São ainda acessórios, porque os seus preceitos formam um direito adjetivo e um direito processual do direito substantivo instituído pela lei" (CLÈVE, 2000, p. 289).

Concluindo, aos regulamentos somente cabe a atuação *intra legem* e *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *extra legem* (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 352). Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o regulamento

Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. (...) Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei. Igualmente, não adia a execução da lei e, menos ainda, a suspende, salvo disposição expressa dela, ante o alcance irrecusável da lei para ele. Afinal, não pode ser emanado senão conforme a lei, em virtude da proeminência desta sobre ele (BANDEIRA DE MELLO, 2007 [1979], p. 360).

Por outro lado, cabe ainda salientar, na esteira do já dito aqui e conforme ensina Carlos Mário da Silva Velloso, não é qualquer lei que pode autorizar a edição de decretos pelo Poder Executivo, mas somente as *leis administrativas* e *não auto-executáveis*. Como *leis administrativas*, devem ser entendidas aquelas que disciplinam situações "em que cabe discricionariedade administrativa no cumprimento da lei, da qual resultariam diferentes comportamentos administrativos possíveis" em sua execução. Já as *leis não auto-executáveis* são aquelas que expressamente declaram que devem ser regulamentadas, aquelas que não são exequíveis antes da expedição do respectivo decreto regulamentar, sendo que este opera como uma condição suspensiva dos efeitos do comando legal até a sua edição, em prazo estabelecido na própria lei (VELLOSO, 1983, p. 49).

Em suma, os *regulamentos de execução* são os regulamentos por excelência do ordenamento jurídico brasileiro. De competência do Chefe do Poder Executivo – federal, estadual ou municipal, são atos normativos secundários que se exteriorizam por meio de *decreto*, tendo como fim, unicamente, a fiel execução de leis administrativas não auto-aplicáveis por meio da complementação ou especificação de seu conteúdo.

De outra sorte, já o artigo 84, VI, da Constituição, introduzido apenas após a emenda Constitucional nº 32/2001, estabelece como competência do Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre (a) "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos" e (b) "extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos". Muitos doutrinadores colocam esta espécie dentro da

categoria dos *regulamentos autônomos* do Direito administrativo europeu, o que, no entanto, parece equivocado.

Nos ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os *regulamentos autônomos* "não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária, mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional" (BANDEIRA DE MELLO, 2007 [1979], p. 343). Sob a égide da constituição de 1969, ensinava ele que, como resquício de antigos regimes monárquicos, a competência para sua edição poderia advir tanto de uma previsão expressa, quanto do costume constitucional e da construção do texto constitucional. Isto conferia ao Executivo poderes amplíssimos para verdadeiramente legislar.

Entretanto, sob uma nova ordem constitucional, que procurou a previsão expressa de um bloco restritíssimo de matérias específicas sobre as quais pode o Executivo legislar, não se pode mais reconhecer qualquer espaço para o costume ou a construção interpretativa no que se refere à competência regulamentar. Como leciona Vanessa Vieira de Mello, "regulamento autônomo quebra o princípio democrático e gera instabilidade e insegurança jurídica, na medida em que aumenta a força do Poder Executivo, gerando desequilíbrio entre os demais órgãos estatais", sustentando a autora que "o único regulamento albergado pelo Texto Constitucional de 1988 é o de execução" (MELLO, 2001, p. 76-77).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma ser o regulamento do art. 84, VI, da CF uma "*única e restritíssima hipótese* que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil". Não haveria como o equiparar aos regulamentos autônomos do Direito europeu, visto que a amplitude destes é muito maior do que aquela estabelecida por nossa Constituição. Por meio do decreto introduzido pela Emenda Constitucional nº 32/2001, o Chefe do Poder executivo pode, primeiramente, "transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores", ou redistribuir algumas das funções preexistentes em dado órgão a outro, realizando apenas o arranjo interno da máquina administrativa. Em segundo lugar, pode o Presidente da República extinguir cargos vagos, hipótese na qual, para o professor, estaria o Executivo agindo agora em sentido contraposto à própria lei, vez que é por meio desta que são criados os cargos públicos (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 346-348).

Assim, considerando que não procura dar execução ou desenvolver o conteúdo de uma lei ordinária, este tipo de decreto regulamentar deve ater-se estritamente a regular as matérias

expressamente definidas pelo art. 84, VI, da Constituição Federal, cumprindo seu papel de mero instrumento de *organização e funcionamento interno* da máquina administrativa.

2. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição de 1988, ao definir em seu artigo 2º que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" estabeleceu como primado do novo Estado Democrático de Direito o princípio da tripartição de poderes. Surgido no Estado Liberal, principalmente a partir da doutrina de Montesquieu e seu *Espírito das Leis*, este princípio se consolidou como um fundamental mecanismo de garantia das liberdades individuais e direitos políticos recém conquistados pela burguesia frente ao antigo poder real (Clève, 2000, 34).

Com base na doutrina do liberalismo e na formulação inicial de Montesquieu, o princípio da separação dos poderes era fundamental para a construção do Estado de Direito e do Estado Mínimo, ou seja, controlado e limitado pelo Direito e direcionado à manutenção da ordem pública e a condução da política externa. O Estado Liberal era, assim, em um restrito campo de atuação, tão somente o promotor da segurança necessária para que os indivíduos pudessem livremente desenvolver suas potencialidades, limitando-se a produzir, executar e censurar a violação da lei (CLÈVE, 2000, p. 35-36).

Com a mudança derrocada do Estado Liberal e o advento do Estado de Bem Estar Social, intervencionista, além da significativa mudança da postura do Estado frente ao indivíduo, percebeu-se que aquela divisão estanque de competências entre os poderes não era mais suficiente, sendo que cada órgão agora deveria exercer uma função predominante, mas não exclusiva. Essas funções seriam, assim, *típicas* ou *atípicas*. Ao lado das funções outorgadas tipicamente, cada um dos poderes, assim, exerce funções que, orgânica e originariamente pertencem a outro poder. Para Diógenes Gasparini, o exercício destas funções atípicas viabiliza a própria tripartição como pensada por Montesquieu, "sem qualquer quebra da independência ou da harmonia que deve reinar entre os poderes" (GASPARINI, 1982, p. 125-126).

O Poder Judiciário, no exercício de uma função administrativa atípica, elabora determinados atos normativos dentro dos limites traçados pela própria Constituição Federal. No

entanto, já vale dizer que estas espécies de atos normativos encontram-se em nível hierárquico inferior ao próprio regulamento, sendo que enquanto este é ato conferido ao Chefe do Poder Executivo, os demais dizem respeito a outras autoridades, sejam aquelas de escalão mais baixo no próprio Poder Executivo, sejam pertencentes a outros poderes da União.

Após a Emenda Constitucional 45/2004, por meio do artigo 103-B, §4º, inciso I, esse "poder normativo" foi conferido ao Conselho Nacional de Justiça para "expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências". Muito embora o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal seja no sentido de conferir a essas resoluções uma força de "diploma normativo primário", visto que encontram seu fundamento no próprio texto constitucional⁸, adota-se aqui posição em sentido contrário.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado a fim de se estabelecer um controle interno do Poder Judiciário, sendo composto, em sua maioria, de magistrados de carreira e submetendo suas decisões e atos ao controle direto do Supremo Tribunal Federal. Resumidamente, portanto, a EC 45/2004 concedeu ao CNJ a função de "realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes" (MORAES, 2006, p. 493-495).

Sabendo disso, o que se deve ter em mente é que os atos regulamentares expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça devem cumprir a mera função de acessoriedade no exercício de suas competências administrativas. Eles "não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas" (STRECK; SARLET; CLÈVE, 2005). Os deveres, obrigações e as garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário já estão expressas no texto constitucional e em sua lei orgânica, sendo que qualquer ato normativo que procure inovar, restringindo direitos e garantias pessoais, funcionais e institucionais, deverá ser declarado inconstitucional.

Por outro lado, o parágrafo 2º do artigo 114, da Constituição Federal, estabelece que, em dissídios coletivos, após frustrada a tentativa de negociação coletiva, poderá "a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho,

⁸ Julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. O acórdão na íntegra pode ser lido em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>> e não merece análise mais aprofundada no presente trabalho.

bem como as convencionadas anteriormente"⁹. Assim, por meio dessa disposição, a Justiça do Trabalho atua como verdadeiro juízo arbitral entre os entes sindicais¹⁰.

Por meio dessas sentenças normativas, os tribunais laborais estabelecerão "normas gerais e abstratas de conduta, de observância obrigatória para as categorias profissionais e econômicas abrangidas pela decisão, repercutindo nas relações individuais de trabalho" (SARAIVA, 2010, p. 466). Conforme aponta Victor Nunes Leal, esta atividade da Justiça do Trabalho é, materialmente, o exercício de uma função legislativa, por meio da qual são preenchidas as lacunas que a legislação trabalhista deixa para serem disciplinadas em acordos entre os particulares (LEAL, 1960 [1945], p. 202).

Portanto, esta atividade está limitada, formalmente, ao comum acordo entre as partes para o ajuizamento dos dissídios coletivos perante os tribunais e, materialmente, ao já acordado nas convenções e acordos coletivos de trabalho celebrados entre os particulares, bem como às próprias disposições legais mínimas de proteção ao trabalhador (CLÈVE, 2000, p. 87).

Apesar de receberem a nomenclatura de "sentenças normativas" e que sejam substancialmente regulamentares, conforme ensina Victor Nunes Leal, tais atos são formalmente atos judiciais estritamente subordinados à lei, o que impede os tribunais trabalhistas de, no julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica, agirem como legisladores em relação ao próprio legislado: "sua ação materialmente legislativa só tem lugar nas lacunas da legislação, isto é, para preencher os claros deixados, intencionalmente ou não, pelo legislador" (LEAL, 1960 [1945], p. 205).

Por fim, a Constituição estabelece, em seu artigo 96, inciso I, alínea "a", que compete privativamente aos tribunais, de um modo geral, "elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

Os regimentos internos são indubitavelmente atos normativos, que visam não somente à organização dos serviços administrativos dos tribunais, como também complementar a legislação

⁹ Até anteriormente à vigência da Emenda Constitucional 45/2004, a redação do § 2º era explícita quanto às sentenças normativas, dispondo: "Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho".

¹⁰ Para um aprofundamento acerca do assunto, consultar: FILHO, Wilson Ramos. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999.

processual em vários momentos (CLÈVE, 2000, p. 85). Victor Nunes Leal acrescenta, ainda, que são eles documentos materialmente legislativos, porque contêm normas de aplicação abstrata, mas não a mesma eficácia das leis. Sua maior importância, por conseguinte, é suprir as omissões das leis processuais e de organização judiciária, no que se refere à previsão ou aos procedimentos de certos recursos, bem como interpretar o texto legal, caso comporte mais de um entendimento¹¹.

O que podemos concluir com Eneida Desiree Salgado, é que, se houve a estrita previsão do texto constitucional da competência regulamentar ao Conselho Nacional de Justiça e normativa à Justiça do Trabalho – além da elaboração, pelos tribunais, de seus regimentos internos – adota a Constituição o *princípio da estrita legalidade*, ou seja, que "sem previsão expressa na Constituição e em face de uma função atípica, não se pode considerar a possibilidade de elaboração de normas, ainda que secundárias, pelo Poder Judiciário" (SALGADO, 2010, p. 233), princípio este que será melhor abordado a seguir, em conjunto com a existência (ou inexistência) e os limites desta competência à jurisdição eleitoral.

3. A JUSTIÇA ELEITORAL E SUAS COMPETÊNCIAS

A outorga da Constituição Imperial de 1824 foi o marco inicial para a legislação eleitoral no Estado Brasileiro. Em seu art. 21, disciplinava as eleições de deputados, senadores e dos membros dos Conselhos-Gerais das Províncias (Assembléias a partir de 1824). Em cada uma das freguesias imperiais seria estabelecida a assembléia eleitoral, presidida por um juiz de fora ou ordinário da cidade ou vila a que pertencesse, com a assistência do pároco. Na igreja matriz de cada local é que seriam realizados o escrutínio, a contagem dos votos e a proclamação dos eleitos em voz alta. A eleição dos deputados, por outro lado, seria realizada pela Câmara da Capital (ROSAS, 1997, p. 12-13).

A legislação eleitoral, entretanto, somente se consolidou após o Decreto n.º 21.076, de 1932 – o Código Eleitoral, que instituiu uma Justiça Eleitoral especializada, independente, ao

¹¹ "É claro que o Supremo Tribunal Federal poderá sempre negar aplicação a disposições regimentais dos outros tribunais, que tenham procurado suprir lacunas ou fixar o significado da legislação federal, quando entender que tais disposições sejam contrárias à letra de tratado ou lei federal, desde que a questão esteja enquadrada no âmbito de um processo e haja provocação do interessado" (LEAL, 1960 [1945], p. 182-184).

contrário do que perdurava até então, em que o processo eleitoral era dirigido pela Justiça Comum. Ou seja, antes mesmo de uma previsão constitucional, ocorrida somente em 1934, foi o Código Eleitoral que criou o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e os juízes eleitorais, visando substituir “o então *sistema político* de aferição de poderes (feita pelos órgãos legislativos), pelo *sistema jurisdicional*, em que se incluíam todas as atribuições referentes ao direito político-eleitoral”, o chamado *contencioso jurisdicional eleitoral* (SILVA, 2013, p. 583).

O Código Eleitoral de 1950, por sua vez, foi aprovado pela Lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950. Segundo o parecer do deputado Gustavo Capanema, surgido para ser uma consolidação dos textos em vigor, o projeto para o Código Eleitoral de 1950 acabou sendo uma verdadeira reforma da legislação, tendo em vista as várias modificações propostas. Uma dessas inovações foi a inclusão de um título especial para a regulação (restrita, no entanto) da constituição e da atividade dos partidos políticos.

Para Capanema, era mais acertado que todo o assunto estivesse apenas em uma lei, sendo que "a justiça eleitoral, toda ela disciplinada no projeto de lei eleitoral é, nos termos da Constituição, o aparelho regulador, ordenador, orientador, tanto do processo eleitoral como da organização dos partidos". Seu entendimento, no entanto, não prosperou, sendo que em 1971 foi aprovada a Lei n.º 5.682, de 21 de julho de 1971 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos (PORTO, 1995, p. 109-110), voltada à disciplina específica das agremiações.

O Código Eleitoral de 1965 (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965), fruto de um anteprojeto formulado pelo Tribunal Superior Eleitoral, após a incumbência da tarefa pelo presidente Castelo Branco, tinha o propósito de fortalecer a Justiça Eleitoral, mas, curiosamente, evitar a consagração de um caráter normativo para suas decisões. Nas palavras do então Ministro da Justiça Milton Campos, "é certo que essas decisões, pela sua reiteração em jurisprudência, acabam geralmente seguidas, por força de seu prestígio", mas "a normatividade das decisões judiciais não se concilia com o princípio casuístico que lhes é inerente" (PORTO, 1995, p. 111).

Apesar da reserva feita pelo art. 121, da Carta Magna, o Código Eleitoral de 1965, mesmo quando incompatível às disposições constitucionais de 1988, acaba sendo considerado lei complementar em alguns aspectos, como será visto adiante. Sendo assim, os dispositivos da Lei

Ordinária n.º 4.737/65 que dizem respeito às competências da Justiça Eleitoral ainda estão em plena aplicação pela jurisprudência, enquanto não editada a lei complementar correspondente.

O *Tribunal Superior Eleitoral* é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, cabendo a ele examinar as questões de ordem eleitoral em última instância, nos recursos das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais (artigo 121, § 4º, da Constituição Federal¹²), bem como em instância originária, nos termos do artigo 22, I, do Código Eleitoral. É composto de três juízes entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo presidido por um deles; dois juízes entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; dois juízes entre advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral.

O Código Eleitoral de 1965, considerando a vigência dos dispositivos correspondentes, amplia e especifica as competências do TSE, dentre as quais é possível destacar, especialmente, a competência para interpretar as normas eleitorais, editando, para isso, “as instruções necessárias” à interpretação da legislação eleitoral¹³ (*competência normativa*), bem como responder às “consultas eleitorais” que lhe forem trazidas por outras autoridades ou partidos políticos¹⁴, (*competência consultiva*) (GOMES, 2012, p. 67-68).

Os Tribunais Regionais Eleitorais, por sua vez, correspondem à instância ordinária de 2º grau da Justiça Eleitoral. Em cada Estado e no Distrito Federal existe um Tribunal Regional Eleitoral, com a respectiva sede em sua Capital, sendo composto, mediante eleição e voto secreto, de dois juízes entre os desembargadores do Tribunal de justiça; dois juízes entre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal do respectivo Tribunal

¹² “Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. (...) § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, 'habeas-data' ou mandado de injunção”.

¹³ “A norma, na sua letra, limita as 'instruções' à execução deste 'Código', mas na verdade elas são usadas em relação a toda a legislação eleitoral. A aparência restritiva resultou, sem dúvida, da esperança de que o Código reunisse toda a regulação legislativa da matéria eleitoral” (Sampaio, 1972, 150).

¹⁴ Assim estabelece o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65): “Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução. (...) Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (...) XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;”

Regional Federal. Ainda, mediante nomeação pelo Presidente da República, de dois juízes entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Já os juízes eleitorais são os próprios juízes de direito das zonas eleitorais, exercendo a jurisdição eleitoral de modo cumulativo com a jurisdição comum. A zona eleitoral é a divisão de primeiro grau da Justiça Eleitoral, cabendo aos juízes que as titularizam a apreciação e julgamento de todas as questões de ordem eleitoral da zona respectiva (CÂNDIDO, 2004, p. 50).

Por fim, as *juntas eleitorais* são órgãos colegiados compostos pelo juiz eleitoral, que exercerá a sua presidência, e por outras pessoas não integrantes do Poder Judiciário, tendo como função, em suma, exercer a primeira instância de apuração e contagem dos votos (função esvaziada após a sistematização dos votos por meio da urna eletrônica), resolver as questões e impugnações verificadas durante seus trabalhos e expedir os diplomas dos eleitos nas eleições municipais. Das decisões proferidas pelos juízes eleitorais e das apurações realizadas pelas Juntas cabe recurso ordinário ao Tribunal Regional competente.

De acordo com o Código Eleitoral vigente, as atribuições da Justiça Eleitoral podem ser divididas em quatro searas diferentes: a jurisdicional, a administrativa, a normativa e a consultiva.

A atuação *jurisdicional* da Justiça Eleitoral encontra-se na resolução dos litígios sobre tudo aquilo que for pertinente ao processo eleitoral. Aquilo que ocorrer fora deste limite será de competência da Justiça Comum. Como se verá adiante, este processo eleitoral deve compreender toda a matéria eleitoral, referente às eleições como um todo, e não somente ao ato de votar, ou seja, "antes e depois desse ato, desde as convenções partidárias, o registro de candidaturas, a eleição, a apuração, a proclamação dos eleitos e a diplomação" (ROSAS, 1997, p. 165).

Por outro lado, apesar de encerrado o processo eleitoral com a diplomação dos eleitos¹⁵, a Justiça Eleitoral possui um vasto rol de atribuições *administrativas*, não resumindo esta atuação somente à organização interna de seus Tribunais e Secretarias, mas sim também ao próprio controle de todo o "corpo eleitoral chamado a votar nas eleições" (GOMES, 1998, p. 80), bem como dos partidos políticos que participam do pleito eleitoral.

¹⁵ "Então, é bom ser dito que o processo eleitoral (processo de escolha) encerra-se com a diplomação, tanto que da diplomação cabem o recurso e a ação de impugnação de mandato eletivo, porém não cessa a jurisdição eleitoral" (ROSAS, 1997, p. 166).

Segundo José Jairo Gomes, administrativamente, a Justiça Eleitoral atua de ofício no exercício de seu poder de polícia, independentemente da existência de litígio ou da provocação do interessado (ao contrário da função jurisdicional). Assim, a Justiça Eleitoral opera administrativamente, por exemplo, na expedição do título eleitoral; na inscrição de eleitores; na transferência de domicílio eleitoral; na divisão e funcionamento das zonas eleitorais; na designação de locais de votação; na nomeação de pessoas para compor a Junta Eleitoral e a Mesa Receptora e na regulação do procedimento de consulta por meio dos plebiscitos (GOMES, 2012, p. 65-66).

O artigo 23, inciso XII, do Código Eleitoral estabelece que compete ao Tribunal Superior Eleitoral "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político"¹⁶ (*competência consultiva*). Sendo assim, por condições, podemos conferir às consultas eleitorais: (a) *legitimidade ativa*: só podem ser formuladas por autoridade pública ou partido político – não podem ser propostas por particular; e (b) *interesse de agir*: seus questionamentos somente podem versar sobre matéria eleitoral unicamente de direito e sem conexão com situações concretas (GOMES, 2012, p. 68-69).

Como ensina Suzana de Camargo Gomes, pode-se dizer que o Código Eleitoral confere aos tribunais eleitorais, no exercício de sua peculiar função consultiva¹⁷, um papel pedagógico em suas decisões, "de molde a realizar uma orientação no sentido de que sejam cumpridos os preceitos legais e regulamentares dentro de toda a sua extensão" (GOMES, 1998, p. 81). A consulta eleitoral serviria para conferir aos interessados um maior grau de certeza jurídica nas relações eleitorais, especialmente quanto a desincompatibilização, inelegibilidades, propaganda política eleitoral e outros institutos de direito eleitoral: "as consultas apenas esclarecem aspectos antecedentes ao pleito eleitoral sem inibir, no entanto, a propositura, processo e julgamento" das demandas de competência dos tribunais que as respondem (RAMAYANA, 2006, p. 80-81).

¹⁶ A competência para os Tribunais Regionais Eleitorais responderem às consultas eleitorais, dentro de seu âmbito de atuação, está prevista, por sua vez, no art. 30, VIII: "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político".

¹⁷ Para Roberto Rosas, ao apreciar as consultas e dar sua interpretação à norma eleitoral, o TSE também está no pleno exercício de sua competência regulamentar (ROSAS, 1997, p. 172-175).

Enfim, a *competência normativa* da Justiça Eleitoral manifesta-se por meio da edição das chamadas resoluções eleitorais (artigo 23, IX, do Código Eleitoral), as quais serão examinadas com maior aprofundamento adiante.

4. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL E OS LIMITES AO PODER DE “LEGISLAR”

No regime constitucional vigente, como mencionado, apenas foi conferida à Justiça do Trabalho competência normativa e ao Conselho Nacional de Justiça competência regulamentar, sendo guardada à Justiça Eleitoral tão somente a atribuição de elaborar os regimentos internos dos tribunais. Desta forma, não há como conceber qualquer disciplina da matéria eleitoral que não advenha do debate político do Parlamento. "Não cabe, em caso algum, ao Poder Judiciário, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral, 'aprimorar' a legislação eleitoral e as instituições políticas, nem sequer expedir resoluções" (SALGADO, 2010, p. 221).

No entanto, doutrina e jurisprudência¹⁸ sustentam que a competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral emanaria dos artigos 1º¹⁹ e 23, inciso IX²⁰, do Código Eleitoral²¹. Como também já dito, o Código Eleitoral, mesmo incompatível às disposições constitucionais vigentes após a Constituição de 1988, acaba sendo considerado, em certos pontos, lei complementar para fins de “adimplemento” da exigência do artigo 121. Um destes pontos diz respeito à enumeração das competências da Justiça Eleitoral.

¹⁸ Torquato Jardim, em palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, defendeu que a competência regulamentar da Justiça Eleitoral para expedir resoluções, uma vez que não prevista constitucionalmente, seria já “consuetudinária”. Nada mais descabido, se considerarmos isto dentro do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988. Retirar uma competência regulamentar do costume ou da interpretação do texto constitucional é conferir a outro Poder que não o Legislativo uma capacidade amplíssima para legislar originariamente de modo autoritário. Portanto, em uma nova ordem constitucional, que submete o Estado aos primados da legalidade e da separação harmônica dos poderes, não se pode mais reconhecer qualquer espaço para o costume ou a construção interpretativa naquilo que se refere à competência regulamentar.

¹⁹ “Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução”.

²⁰ “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...) IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;”

²¹ O Código Eleitoral de 1932 já reconhecia, em seu artigo 14, IV, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para "fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias".

Manifestando-se sob a forma de *resoluções eleitorais*²², as instruções normativas editadas pela Justiça Eleitoral devem ser entendidas como uma manifestação ainda mais estrita do Poder Regulamentar do Chefe do Poder Executivo. Muito embora antes a tipologia “resoluções” envolvesse toda decisão de caráter administrativo e consultivo do plenário do TSE, sem o sustentado efeito vinculante daqueles atos, após a Resolução TSE n.º 23.308/2010, reservou-se “o uso do título ‘resolução’ apenas às decisões decorrentes do poder normativo e regulamentar do Tribunal e não a questões de natureza administrativa” (NETO, 2010, p. 97).

De uma forma ou de outra, como visto anteriormente, o regulamento somente é utilizado de forma subsidiária e acessória à lei formal, para estabelecer as regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por ela, ou para desenvolver seus preceitos, expressos ou implícitos, pormenorizando suas diretrizes, dentro dos limites por ela traçados (BANDEIRA DE MELLO, 2007 [1979], p. 354). Assim, pode-se dizer que

Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que, na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. (...)

Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de execução mediante regulamento (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 373).

Concluindo, as resoluções são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento interno, não podendo inová-los ou contrariá-los, restringindo-se à sua explicação e complementação (MEYRELLES, 2006, p. 182-183). Quando o legislador define esta competência ao Tribunal Superior Eleitoral, ele não tem a virtude de inaugurar uma competência regulamentar do judiciário eleitoral, uma vez que suas instruções têm o único e restrito condão de *dar fiel execução* à lei eleitoral (LEAL, 1960 [1945], p. 216-217).

Ou seja, se reconhecida esta "competência regulamentar" à Justiça Eleitoral, ao arripio da Constituição, só se pode conceder às resoluções eleitorais a natureza jurídica de *regulamentos*

²² "*Instruções Normativas* são atos administrativos normativos expedidos pelos Ministros de Estado para execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas são também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim". Já as "*Resoluções* são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica" (MEYRELLES, 2006, p. 181-183).

de execução, de mera aplicação da lei, "precisando o conteúdo dos seus conceitos e determinando os procedimentos a serem tomados pela Justiça Eleitoral" (SALGADO, 2010, p. 237-238). Como instrumentos de sua competência administrativa, de operacionalização do Direito Eleitoral (GOMES, 2012, p. 68), as resoluções apenas esclarecem e consolidam a esparsa legislação eleitoral, fixam datas, competências e pormenorizam procedimentos relevantes ao pleito eleitoral, como de registro, prestação de contas, votação, apuração, etc.

É somente sob este aspecto que devem ser entendidas as resoluções.

Como determina a Lei nº 9.504/07²³, as instruções normativas do Tribunal Superior Eleitoral devem ser editadas até o dia 05 de março do ano eleitoral, bem como devem ser aprovadas mediante audiência pública prévia com representantes de todos os partidos que disputarão o pleito vindouro. Assim, a própria lei eleitoral reconhece a natureza jurídica regulamentar destas resoluções e sua inaptidão a inovar em matéria eleitoral, seja por expressamente conferir a elas "caráter regulamentar", seja por não as sujeitar ao princípio constitucional da anterioridade insculpido no artigo 16 da Constituição (SALGADO, 2010, p. 238).

Segundo José Augusto Delgado, as resoluções eleitorais encontram sua base jurídica nas atribuições administrativas e jurídicas conferidas pela lei (e não pela Constituição) à Justiça Eleitoral, não podendo elas "alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral" (DELGADO, 1995, p. 115-116). Em seu voto na Consulta 715/DF²⁴, o Ministro Sepúlveda Pertence discorreu sobre as resoluções eleitorais:

Cuida-se de competência normativa, mas de natureza infralegal. O juízo de *conveniência*, confiado ao TSE, tem por objeto a *expedição ou não* da instrução, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do código e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e à lei. É verdade além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado

²³ "Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos".

²⁴ Consulta nº 715. Resolução nº 21002 de 26/02/2002, Relator Min. Jacy Garcia Vieira. Diário de Justiça, Data 15/03/2002, p. 183. (RAMAYANA, 2006, p. 78).

pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer, o *silêncio eloqüente* de uma ou de outra.

A impossibilidade de qualquer inovação por meio das Resoluções Eleitorais decorre ainda do próprio princípio da legalidade, de ordem constitucional e de incidência direta no Direito Eleitoral, assim como em outros ramos do Direito, como o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Administrativo.

Uma vez que relacionado ao "núcleo essencial de direitos fundamentais", a Constituição de 1988 reserva somente à lei *formal* votada pelo Congresso a regulação da matéria eleitoral, seja garantindo direitos, seja impondo deveres e sanções aos seus destinatários, tal princípio "se relaciona diretamente com a competência da Justiça Eleitoral e com sua função de verificação de poderes". Assim, "as regras do jogo eleitoral, esqueleto do regime democrático, devem necessariamente se originar do Parlamento, e de um Parlamento formado a partir da representação das forças sociais" (SALGADO, 2010, p. 217).

As regras eleitorais, portanto, só podem ser definidas por meio de lei, entendida esta em seu sentido mais estrito, ou seja, aquelas "derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade" (SALGADO, 2010, p. 230). A matéria eleitoral não pode ser disciplinada por qualquer tipo de ato proveniente do Poder Executivo (regulamentos, medidas provisórias, leis delegadas, etc.) ou do Poder Judiciário em exercício de competências administrativas, especificamente, da Justiça Eleitoral e seus órgãos.

A Constituição de 1988 expressamente restringe à lei complementar o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade infraconstitucionais (artigo 14, § 9º²⁵) e para a organização e competência da Justiça Eleitoral (artigo 121²⁶), bem como reserva à lei a regulação do processo

²⁵ "§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

²⁶ "Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais."

eleitoral, ao estabelecer o princípio da anterioridade da norma eleitoral (artigo 16²⁷). A *reserva de lei* trata-se de uma escolha constitucional de um "bloco de matérias" (GASPARINI, 1982, p. 149) que só podem ser disciplinadas por meio da lei advinda do Congresso Nacional. A própria Constituição, portanto, seleciona assuntos sobre os quais deve haver o "amplo controle dos seus fundamentos, garantido pela publicidade das discussões e pela possibilidade de participação no debate de todos os partidos com representação" (SALGADO, 2010, p. 231). Dentre tais assuntos, encontra-se o Direito Eleitoral.

A reserva de lei do Parlamento é basilar na disciplina de certas matérias constitucionais, principalmente naquilo que toca o exercício dos direitos políticos. Como ensina Clèmerson Merlin Clève, "o debate parlamentar contamina-se pela diferença ideológica, em que distintas concepções a respeito do papel do direito e do Estado haverão de confrontar-se" (CLÈVE, 2000, p. 50). Além disso,

Na democracia pluralista, a lei formal configura espécie de condensação de relação de forças de sujeitos coletivos distintos, mediatizados pela figura do mandatário eleito. Pode ser traduzida como síntese do debate parlamentar, produto da interação comunicativa processualizada e pública. No direito brasileiro, adotado o regime presidencialista de governo, a lei formal carrega, ainda, a noção de somatório de vontades manifestadas por dois poderes, o Legislativo e o Executivo. Trata-se, portanto, de ato complexo (CLÈVE, 2000, p. 70).

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a importância da reserva pelo Constituinte de certas matérias que só podem ser reguladas por lei é retirada justamente do fato de que somente a lei formal é fruto do Parlamento, ou seja, de um debate entre as mais diferentes tendências ideológicas e segmentos representativos da sociedade. Pode-se dizer, assim, que o "resultado de sua produção jurídica, as leis (...), necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum contemperamento entre as variadas tendências" (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 372).

A obrigatoriedade de certas matérias ao trâmite perante o Parlamento justifica-se pelo grau maior de "controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa" que o processo de elaboração das leis confere às normas jurídicas, bem como ainda permite um maior

²⁷ "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência."

conhecimento público e até uma fiscalização social das disposições que possam vir a ser implantadas, dificultando ou até embargando eventuais preceitos incompatíveis com o interesse público em geral²⁸, diferentemente de atos administrativos unilaterais, editados sem o escrutínio do debate político legítimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao disciplinar o exercício dos direitos políticos pelo cidadão, da soberania popular, base do Estado Democrático inaugurado pela Constituição de 1988, o Direito Eleitoral exige amplo controle e debate parlamentar, garantida a participação das minorias neste processo, qualidades estas que não podem ser encontradas em atos normativos como as Resoluções emanadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Assim, conforme a lição de Eneida Desiree Salgado, "a legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade, ou liberdades, como a liberdade de expressão – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral" (SALGADO, 2010, p. 233).

Contudo, não é isso o que se observa na história recente da Justiça Eleitoral.

A Resolução TSE n.º 20.993, de 20 de fevereiro de 2002, criou a chamada “verticalização das coligações”. A partir de uma interpretação do conceito de caráter nacional dos partidos políticos, exigência do inciso I do artigo 17 da Constituição²⁹, o Tribunal foi além do artigo 6º da Lei n.º 9.504/97³⁰ e, em seu artigo 4º, §1º, determinou que os partidos políticos que lançassem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de Presidente da República não poderiam formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal,

²⁸ "Deveras, opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz apenas em função da vontade, isto é, da diretriz estabelecida por uma pessoa, o Chefe do Poder Executivo, sendo composto por um ou poucos auxiliares diretos seus ou de seus imediatos" (BANDEIRA DE MELLO, 2013, 373).

²⁹ "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: I - caráter nacional;"

³⁰ "Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário”.

senador, deputado federal, estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, também tenha lançado candidato à eleição presidencial. Tal ato normativo teve vida curta, com eficácia somente às eleições de 2006, após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 52/2006 sepultou a necessidade de verticalização ao alterar a redação do §1º do mesmo artigo 17 da Constituição, ao assegurar expressamente aos partidos políticos “autonomia para (...) adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”³¹.

Por sua vez, talvez no exemplo mais emblemático de exortação de sua competência normativa, após o julgamento da Consulta n.º 1.358 e editada de modo a garantir o cumprimento das decisões proferidas nos Mandados de Segurança n.º 26.602, n.º 26.603 e n.º 26.604, a Resolução TSE n.º 22.610/2007 criou a “perda do mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa” (ou simplesmente por *infidelidade partidária*). A partir de tal ato, o TSE inventou uma nova hipótese de perda do mandato eletivo, sem qualquer previsão legal ou constitucional; legislou em direito processual ao introduzir dois novos procedimentos eleitorais, a "Ação de Decretação de Perda de Cargo Eletivo por Desfiliação sem Justa Causa" e a "Ação de Justificação de Abandono de Sigla" e, por fim, afrontou diretamente a reserva a lei complementar feita pelo artigo 121, da Constituição Federal, primeiro, ao adotar, em seu artigo 2º um critério próprio de fixação de competência nos dois procedimentos e, segundo, ao estabelecer uma hipótese inédita de perda do mandato parlamentar a ser decidida pela Justiça Eleitoral, estranha às eleições. Este ato ainda se encontra em pleno vigência e não parece estar próximo de um fim.

Citando apenas estes dois exemplos, fica claro que a competência normativa exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral (inexistente, como visto acima) na edição de suas resoluções não tem respeitado, nem de longe, o princípio da legalidade específica do Direito Eleitoral.

Muito embora, de certa forma, a Justiça Eleitoral tenha cumprido seu papel em coibir os abusos em cada pleito, percebe-se que o TSE, com o respaldo do Supremo, constantemente tem usurpado as competências do Congresso em busca de um sistema jurídico e eleitoral ideal a seus

³¹ “§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

olhos. Ao promover a judicialização do jogo político e reformar o sistema jurídico eleitoral em gabinete, a Justiça Eleitoral retira do Poder Legislativo assuntos cuja disciplina, por expressa determinação constitucional, deveriam ser obrigatoriamente submetidos ao crivo do salutar debate político e ideológico do Parlamento.

E no caminho deste processo de moralização subjetiva da realidade, paga um preço caro demais: desrespeita, de uma só vez, os fundamentos constitucionais basilares da legalidade (artigo 1º) e da tripartição dos poderes (artigo 2º), tão caros a nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo: Introdução**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 [1979]. v. 1.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 11. ed., 2ª tiragem, rev. e atual. Bauru: EDIPRO, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DELGADO, José Augusto. A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 127, p. 109-118, jul./set. 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOMES, Suzana de Camargo. **A Justiça Eleitoral e sua competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LEAL, Victor Nunes. Lei e regulamento. In: _____. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960 [1945]. p. 57-91.

MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MEYRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, Manoel Carlos de Almeida. Reflexões sobre a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. In: **Estudos Eleitorais**. Brasília, v. 5, n. 2, p. 92-105, maio/ago. 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed., Tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. São Paulo: Editora Giordano, 1995.

RAMAYANA, Marcos. **Código Eleitoral comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

SAMPAIO, Nelson de Sousa. A justiça eleitoral. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 34, p. 111-153, jul. 1972.

SARAIVA, Renato. **Processo do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. O Estado de São Paulo, 05/12/2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/60379/1/noticia.htm>> Acesso em: 07 jul. 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do poder regulamentar. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 65, p. 39-50, jan./mar. 1983.