

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOSÉ JEOVANE VIEIRA RAMOS

**LIMITES DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL:
ABUSO DO PODER REGULAMENTAR.**

Recife
2015

JOSÉ JEOVANE VIEIRA RAMOS

**LIMITES DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL:
ABUSO DO PODER REGULAMENTAR.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clarissa Marques da Cunha.

Recife
2015

Ramos, José Jeovane Vieira

Limites da atuação do Tribunal Superior Eleitoral: abuso do poder regulamentar. / José Jeovane Vieira Ramos. – Recife: O Autor, 2015.

48 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dr^ª. Clarissa Marques da Cunha

**Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2015.**

Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional. 2. Direito eleitoral. 3. Limites. 4. Poder regulamentar. 5. Abuso do TSE. I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2015-902**

José Jeovane Vieira Ramos

LIMITES DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL: ABUSO DO PODER
REGULAMENTAR

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof.^a Clarissa Marques da Cunha (Orientadora). Doutora – FADIC.

1º Examinador: Prof.....

Dedico este trabalho à minha esposa,
meu amor Andréa Paula, a mão que com
carinho e leveza me segura, me sustenta
e me levanta em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

“Não há no mundo exagero mais belo que a gratidão” – Jean de Bruyere. Assim, agradeço a **Deus** que me deu além do sonhado e mais do que preciso e mereço.

À **minha família**, agradeço pelo constante incentivo e pela paciência ao longo dessa empreitada, um caminho demorado mas gratificante.

Aos **colegas, professores e funcionários** da Faculdade Damas, agradeço por terem, cada qual ao seu modo, contribuído para a consecução desse objetivo.

Agradeço a **todos**, exageradamente os meus sinceros agradecimentos.

“Pensamos demasiadamente e sentimos muito pouco. Necessitamos mais de humildade que de máquinas. Mais de bondade e ternura que de inteligência. Sem isso, A vida se tornará violenta e tudo se perderá..” (Charles Chaplin)

RESUMO

A presente monografia tem por escopo analisar a questão dos limites do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, notadamente em relação ao seu poder regulamentar, previsto no Código Eleitoral e na lei nº 9.504/1997, alterada pela lei nº 12.034/2009, haja vista a não auto-aplicabilidade de algumas normas. Por meio desse poder, o TSE age para aclarar o ordenamento jurídico-eleitoral brasileiro, o que permite que a norma passe a ter eficácia; é com essa finalidade que a Corte Superior Eleitoral edita instruções, as quais necessariamente devem ser obedecidas – poder vinculante e com força de regra geral. Portanto, a problemática desse tema é questionar a prática de ilegalidade por parte da Corte Superior Eleitoral, no contexto do seu poder regulamentar previsto no Código Eleitoral e no artigo 105, da Lei n.º 9.504/1997, adentrando na seara do Poder Legislativo sob reserva da Constituição, poder que não deve ser usurpado pela livre vontade do órgão eleitoral. Pretende-se, desta forma, expor a gravidade da ação do Tribunal Superior Eleitoral quando usurpa poderes típicos do Legislativo, ao fazer as funções legislativas por meio de atos administrativos regulamentares, por vezes restringindo direitos, como o da propositura de candidaturas a cargos eletivos no Brasil. A temática se mostra relevante visto que é um tema atual e de grande importância ao ordenamento jurídico e a sociedade em geral por atingir diretamente o cidadão eleitor. A metodologia adotada no presente estudo foi a de cunho bibliográfico, através da consulta à literatura sobre o tema.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito eleitoral. Limites. Poder regulamentar. Abuso do TSE.

RESUMEN

El alcance de esta monografía es examinar la cuestión de los límites de la Corte Superior Electoral – TSE, sobre todo en relación a su poder de reglamentación previsto en el Código Electoral y la Ley n° 9.504/1997, modificada por la Ley n° 12.034/2009, dada la no auto-aplicabilidad de algunas reglas. A través de este poder, el TSE actúa para aclarar el sistema jurídico electoral brasileño, permitiendo eficacia a los reglamentos; es para este propósito que las instrucciones de edición del Tribunal Superior Electoral, que necesariamente deben ser obedecidas - poder vinculante que tiene fuerza de regla general. Por lo tanto, el problema de este asunto es cuestionar la práctica de la ilegalidad por el Tribunal Superior Electoral, en el contexto de sus facultades reglamentarias previstas en el Código Electoral y el artículo 105 de la Ley n° 9.504/1997, entrando en el campo del Poder Legislativo bajo reserva de la Constitución, el poder que no debe ser usurpado por la libre voluntad del cuerpo electoral. Se pretende, por lo tanto, exponer la gravedad de la actuación del Tribunal Superior Electoral cuando usurpa poderes de la asamblea legislativa brasileña, cuando hace funciones legislativas a través de actos administrativos reguladores, a veces restringiendo los derechos, como en la presentación de candidaturas para los cargos de elección popular en Brasil. La metodología utilizada en este estudio fue de naturaleza literaria, mediante la consulta de la bibliografía sobre el tema.

Palabras llave: Derecho constitucional. Derecho electoral. Límites. Poder de reglamento. Abuso del TSE.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AP: Administração Pública

CF/88: Constituição Federal de 1988

JE: Justiça Eleitoral

LC: Lei Complementar

LO: Lei Ordinária

STF: Supremo Tribunal Federal

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 01 O PRÍNCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PODER REGULAMENTAR	
1.1 O princípio da separação dos poderes e o poder regulamentar	12
1.2 O poder regulamentar	14
1.3 Os limites do poder regulamentar	16
CAPÍTULO 02 O PODER REGULAMENTAR DA JUSTIÇA ELEITORAL	
2.1 Antecedentes históricos	19
2.2 A Administração das eleições brasileiras	23
2.3 Fundamentos do poder regulamentar da Justiça Eleitoral	23
2.3.1. Princípios constitucionais aplicáveis à matéria	27
2.3.1.1 Princípio da legalidade	27
2.3.1.2 O princípio da razoabilidade	29
2.3.1.3 Princípio da anualidade da lei eleitoral	30
2.3.1.4 Princípio da hierarquia das normas	32
2.4. Controle constitucional das instruções do TSE	33
2.4.1 O controle constitucional por ação direta	34
2.4.2 O controle difuso ou aberto	35
CAPÍTULO 03 OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR DA JUSTIÇA ELEITORAL	
3.1 Delimitação do poder regulamentar da JE	37
3.2 Os limites do poder regulamentar ultrapassados pelo TSE	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar os limites do Tribunal Superior Eleitoral – TSE notadamente em relação ao seu Poder Regulamentar, previsto no Código Eleitoral (lei nº 4.373/1965) e na lei nº 9.504/1997, alterada pela lei nº 12.034/2009, haja vista a não auto-aplicabilidade de algumas normas. Por meio desse poder, o TSE age para aclarar o ordenamento jurídico-eleitoral, o que permite que a norma passe a ter eficácia; é com essa finalidade que a Corte Superior Eleitoral edita instruções, as quais necessariamente devem ser obedecidas – poder vinculante e com força de regra geral.

A problemática desse tema é questionar a prática de ilegalidade por parte da Corte Superior Eleitoral, no contexto do seu poder regulamentar previsto no Código Eleitoral e no artigo 105, da lei n.º 9.504/1997, ao adentrar na seara do Poder Legislativo sob reserva da Constituição, poder que não deve ser usurpado pela livre vontade do órgão eleitoral.

Quanto à metodologia adotada neste estudo, pretende-se proceder a uma pesquisa bibliográfica, bem como a uma pesquisa documental. A pesquisa bibliográfica será constituída principalmente de artigos científicos e livros, visto que permite a cobertura de uma gama de fenômenos mais ampliada. Já a pesquisa documental, mesmo semelha à pesquisa bibliográfica, permite o acesso a documentos do tipo reportagens, relatórios de pesquisa, documentos oficiais, revistas eletrônicas, entre outros.

No presente trabalho pretende-se desenvolver os seguintes capítulos: o princípio da separação de poderes e o poder regulamentar; o poder regulamentar da Justiça Eleitoral; e os limites do poder regulamentar da Justiça Eleitoral.

Por fim, o objetivo dessa pesquisa é expor atuação política do Tribunal Superior Eleitoral quando, mediante a produção de regras autônomas e de caráter geral, com conteúdo de lei, usurpa poderes típicos do Legislativo Federal, ao fazer as funções legislativas por meio de atos administrativos, regulamentares ou não, por vezes restringindo direitos, como o da propositura de candidaturas a cargos eletivos no Brasil, tomando rumo distinto da concepção clássica de que o Poder Judiciário é tão somente o aplicador da lei.

CAPÍTULO 1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O PODER REGULAMENTAR

1.1. O princípio da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes é um princípio constitucional mantido na Constituição de 1988, que adotou o modelo tripartite, em conformidade com o seu artigo 2º, a ser atendido para que o Estado Democrático de Direito seja reconhecido. Trata-se de uma doutrina surgida com o objetivo fundamental de limitação do poder do homem, com o fim de impedir que o homem dele se utilize de forma indiscriminada. É uma regra que, a exceção da Constituição de 1824, foi constante de todas as demais constituições brasileiras.

O modelo de sistematização do poder aplicado no Brasil foi aquele idealizado por Montesquieu, é a separação clássica tripartite. Nesse contexto, as competências desses Poderes encontram-se positivadas na Constituição Federal, de forma detalhada que distingue as funções estatais em três esferas, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O primeiro, que detém a função legislativa, tem como competência a edição de regras gerais, impessoais e inovadoras da ordem, a edição das leis. Ao segundo Poder, o Executivo, resta a incumbência de resolver os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. E ao último, o Poder Judiciário, cumpre a função jurisdicional, qual seja, aplicar o direito nos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse.

Esses poderes devem funcionar de forma harmônica e independentes entre si, conforme previsto no art. 2º do texto Constitucional, e foram consagrados pelo legislador constituinte originário na Carta Política de 1988, expressamente, como cláusula pétrea, no artigo 60, § 4º, III, ao estabelecer que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes”. Tudo que se afastar desse princípio contraria a nossa Carta Magna.

A citada harmonia encontra sustentáculo no denominado sistema *checks and balances* (freios e contrapesos) que tem como meta repelir que um poder se sobreponha ao outro. Para tanto foram inseridos, no texto Constitucional brasileiro mecanismos que pretendem evitar essa sobreposição. É a partir dessa harmonia que torna-se inadmissível a ingerência de um Poder em relação ao outro, tampouco um Poder pode exercer a função de

poder diverso ou mesmo desobedecer o outro quando no exercício de sua competência regrada na Constituição.

Em conformidade com a teoria de Montesquieu, a doutrina da separação dos poderes além de possibilitar o controle de um poder sobre o outro, existe para que a ordem constitucional seja alcançada em sua plenitude. Nos dizeres de Montesquieu:

[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. (Montesquieu, 1987, p. 136).

Dizer que o poder deve ser controlado pelo próprio poder significa que as decisões devem ser interligadas, com divisão de competências e uma interdependência que assegure uma gestão compartilhada e homogênea. Desta forma, a imposição de barreiras a qualquer dos três Poderes implica em abuso de poder institucional, o que legitima a interferência dos demais poderes na busca do restabelecimento dessa harmonia e independência.

Essa separação tripartite fora consagrada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, onde se lê: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário,” adotada no nosso país como forma de sistematizar as funções estatais.

O que se nota no Brasil, entretanto, é a preponderância do Poder Executivo em detrimento dos demais Poderes. A separação, aqui, é desvirtuada daquela que deveria ser, posto que ao Executivo são concedidos poderes capazes de desviar o propósito da doutrina de Montesquieu, permitindo ao Poder Executivo ingerência sobre os demais, a exemplo de ser capaz de legislar “excepcionalmente” e de indicar a composição de todas as altas Cortes do Poder Judiciário.

No nosso objeto de estudo, pretende-se analisar os limites do Tribunal Superior Eleitoral quanto ao seu poder regulamentar, e nesse contexto trazer à luz a questão crucial da divisão do poder no interior do Estado. Não se tem a intenção de aprofundamento na teoria de Montesquieu, mas de delimitar o espaço competente à Justiça Eleitoral nessa divisão tripartite, notadamente quanto ao poder regulamentar atribuído a essa Justiça especializada.

1.2. O poder regulamentar

Como visto, é da competência do Poder Legislativo a edição de regras gerais, impessoais e inovadoras da ordem, as leis. Contudo, o poder normativo não finda na lei aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Executivo. Para a sua correta aplicação e alcance dos seus fins sociais, algumas leis necessitam de interpretação e detalhamento àqueles que irão executá-la. É dessa necessidade que surge o poder regulamentar ou poder normativo, como parte da doutrina assim prefere denominar.

Como regra a doutrina define o poder regulamentar como uma função prerrogativa atribuída à Administração Pública com o fim de editar atos em complemento às leis aprovadas editadas pelo Poder Legislativo, para dar efetividade à sua aplicação.

É do chefe do Executivo Federal a competência privativa, entre outras atribuições, para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução, e por ser de competência privativa não admite qualquer delegação aos seus subordinados. O poder de regulamentar a lei é uma das formas de expressão da função normativa do Poder Executivo e encontra-se previsto na Constituição de 1988, conferido ao presidente da República por meio do seu artigo 84, inciso IV.

De outro modo, o poder regulamentar é uma função típica do presidente da República, e consiste na capacidade a ele atribuída em dispor sobre as medidas necessárias para fazer cumprir a lei emanada do Poder Legislativo, tendo como função precípua facilitar a aplicação da norma aos casos concretos, especificá-la de modo praticável, explicitando ou complementando a lei com o fito de preparar o aparelho estatal para bem observá-la, com o objetivo de atender ao interesse público, sem ultrapassar os limites da legalidade e a constitucionalidade. É poder derivado ou secundário, porque decorre da existência de lei. A lei e o regulamento nascem em momentos distintos da atividade estatal.

Nesse contexto, o poder regulamentar não há que ser confundido com o exercício do Poder Legislativo e desse modo não pode criar norma inovadora da ordem jurídica, é ele um poder que tem como fronteiras naturais o âmbito da competência executiva e administrativa e ultrapassar tais limites significaria abuso do poder regulamentar e usurpação de competência do Legislativo.

Da expressão “expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução“, extraída do art. 84, IV, da Constituição de 1988, infere-se que tais expedições estão adstritas e vinculadas ao mandamento legal, não podendo o Poder Executivo extrapolar tais limites, sob pena de

ingerência nas funções do Poder Legislativo. O Decreto é a forma que se revestem os atos do Poder Executivo, é a forma pela qual o Executivo emana atos normativos e concretos. O regulamento deve limitar-se a estabelecer as normas sobre a forma como a Administração Pública irá cumprir a lei, sob pena de ter os excessos controlados.

Para Alexandre de Moraes (2004, p. 437), o exercício desse poder regulamentar se situa dentro da principiologia constitucional da separação dos poderes, pois salvo em situações de relevância e urgência, o presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, função do Poder Legislativo, e que este poder regulamentar apenas será exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei são conferidos ao Poder Executivo, que deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprindo suas lacunas de ordem prática ou técnica.

O regulamento deve ser veiculado por decreto. Conforme Geraldo Ataliba, "decreto é a forma, o continente; regulamento, a matéria, o conteúdo". Para Victor Nunes Leal, o decreto é, portanto, a denominação genérica do ato praticado pelo chefe do Poder Executivo. A forma tradicional é redigir o regulamento em texto separado e baixar-se um decreto que o aprove, mas nada impede que o texto seja um só, isto é, que os preceitos do regulamento estejam consubstanciados no próprio decreto. Nesse sentido, assevera Canotilho:

O regulamento é norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou de complementar a lei. É um acto normativo, mas não um acto normativo com valor legislativo. Como se disse, os regulamentos não constituem uma manifestação da função legislativa, antes se revelam produtos da função administrativa.

Em outras palavras, decreto é fórmula em que o chefe do Poder Executivo expede atos normativos e concretos. Nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "os que expressam regras jurídicas gerais e abstratas, de caráter impessoal, se denominam regulamentares; e os que expressam regras jurídicas especiais e concretas, de caráter pessoal, se denominam decretos simplesmente".

Não há que se confundir o regulamento com os outros atos normativos, tais como resoluções, instruções, portarias, deliberações, interações, etc., tendo em vista que o regulamento é de elaboração exclusiva do chefe do Poder Executivo e os demais de responsabilidade de autoridades de escalão inferior, investidas de poderes menores. Em referendo ao já dito, o regulamento, veiculado por decreto, tem sua existência atrelada à lei,

antes deve existir uma lei que careça de regulamentação e, conforme o conteúdo da lei, pode não existir matéria a ser regulamentada.

Observe-se que o critério que distingue a lei e o regulamento é o caráter inovador e inaugural da lei, conforme dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, e o decreto é a forma que é dada a um regulamento:

[...] não é apenas a posição de supremacia da lei ao regulamento que os discrimina. Essa característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a disseptação entre ambos no Direito brasileiro. Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello – só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica.

Deve ser observado que os diversos órgãos, entidades e autoridades da administração pública são competentes para editar atos administrativos normativos, contudo, nesses casos não se trata de poder regulamentar, mas de poder normativo, de caráter mais amplo, e que pode qualquer autoridade administrativa fazer uso na disciplina de atos administrativos.

1.3. Os limites do poder regulamentar

Embora a resultante do poder regulamentar seja considerada lei em sentido material, não há que se confundir o poder regulamentar com a função legislativa que, como já dito, é quem pode inovar a ordem jurídica, o que está vedado em relação ao poder regulamentar, para que este se mantenha em conformidade com o princípio da separação dos poderes.

Para a doutrina, a manifestação do poder regulamentar acontece de duas formas e uma delas é por meio dos regulamentos de execução, expressão clássica desse poder, e tem como fim aclarar o modo, a operacionalização e os pormenores para que a norma seja executada da forma melhor adequada e está associado à existência prévia da lei e limita-se ao que nela está disposto, sendo o mais usual e tratado pela doutrina como norma administrativa *secundum legem*.

O regulamento autônomo é a outra forma indicada pela doutrina e, por não depender da existência de norma anterior, pode inovar o ordenamento jurídico e assim criar direitos e obrigações e, por isso mesmo, acabar por gerar controvérsias em todo o meio jurídico.

Assim, os entendimentos são diversos e juristas como o Ministro Eros Grau entendem que os regulamentos autônomos podem ser editados de maneira ampla, nos casos em que a matéria seja da competência constitucional do Executivo, na medida em que este seria um poder implícito da Administração e que a edição destas normas seria indispensável para o Poder Executivo quanto a dadas matérias do seu rol de competências. O ministro Celso Antônio Bandeira de Melo discorda da possibilidade de existência desses regulamentos, sob a justificativa de que a Constituição Federal está cheia de dispositivos que apontam no sentido da impossibilidade dos regulamentos autônomos, como o art. 5º, II, 37, *caput*, e o art. 84, IV.

Já o Jurista Hely Lopes Meireles concorda com a possibilidade de existência dos tais regulamentos autônomos, desde que seja nas “situações não disciplinadas em lei” (MEIRELLES, 2009, p. 120). Em outras palavras, em não existindo o pronunciamento do Poder Legislativo em relação à determinada matéria, o Executivo teria autorização para proceder à regulação.

A corrente considerada majoritária é aquela que admite a expedição de regulamentos autônomos somente nas hipóteses previstas na Constituição Federal, notadamente aquela associada ao art. 84, VI, alterado pela Emenda Constitucional nº 32/01, que considera ser possível a expedição para organizar, disciplinar o funcionamento da Administração Pública Federal, partindo do pressuposto de que a regra geral é a impossibilidade de edição desse tipo de regulamento, existindo exceção para as hipóteses expressamente previstas na CF/88. Contudo, todas as correntes entendem que o art. 84, VI, é uma exceção.

O Supremo Tribunal Federal, conforme veremos, apontou os requisitos para que o regulamento fosse assim tipificado, quando julgou a ADIn nº 1.435-8, quais sejam: 1) lei prévia; 2) decreto que assegure a execução da lei; 3) agentes da administração pública como destinatários; 4) ausência de estipulação de direito ou obrigação:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO. DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO. OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA CF/88. LIMINAR DEFERIDA. A ponderabilidade da tese do requerente é segura. Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional nº 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto. Pela ótica da maioria, concorre, por igual, o requisito do perigo na demora. Medida liminar deferida.

(ADI 1435 MC, Relator (a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/1996, DJ 06-08-1999 PP-00005 EMENT VOL-01957-01 PP-00040)

Conforme Manffini, consideram-se como uma forma de regulamento de execução os decretos que visam explicitar conceitos legalmente previstos, denominados de norma administrativa *intra legem*. E são admitidos se não invadirem o campo adstrito a matérias reservadas à lei, pela Constituição Federal.

Assim, em conformidade com a doutrina referendada pelo Supremo Tribunal Federal, a regra é de que o poder regulamentar está adstrito à execução da Lei e à explicitação de conceitos legais, exceto no que se relaciona à edição de regulamentos autônomos, especialmente quando versarem sobre a organização e funcionamento da Administração, na forma prevista na CF/88.

Destaque-se que por meio de Decreto Legislativo o Congresso Nacional pode sustar qualquer ato normativo advindo do Poder Executivo, caso o referido Decreto extrapole o seu poder regulamentar, conforme possibilita o art. 49, V, da Constituição Federal.

CAPÍTULO 02 O PODER REGULAMENTAR DA JUSTIÇA ELEITORAL

2.1. Antecedentes históricos

Para entendimento do modo como a Justiça Eleitoral atualmente gerencia as eleições no Brasil, um ente do Poder Judiciário participe ativo na elaboração de regras importantes afetas à representação política, faz-se necessário destacar aspectos históricos do nascimento dessa Justiça Especializada, coadjuvante do processo de redemocratização do país, entre outros a demanda gerada pelos abusos do poder econômico que sempre estiveram e até hoje se mantém presentes na política brasileira, basta reportarmo-nos aos fatos recentes relacionados aos escândalos do “mensalão” e da Petrobrás.

A informação mais distante quanto à realização de eleições no território brasileiro data do ano de 1532, quando da eleição do Conselho Municipal da Vila de São Vicente, em São Paulo, quando foi incumbida ao governo central a responsabilidade pela realização do processo eleitoral nas Ordenações do Reino. O fato indica os primórdios de uma certa tradição nacional quanto a escolha de representantes por meio de eleições, embora não se possa afirmar que essas escolhas tenham ocorrido sempre num contexto de liberdade.

Curiosamente, a Constituição do Império, datada de 1824, previa como uma das condições para ocupação do cargo de senador a percepção, por parte do candidato, de soma anual superior a oitocentos mil réis. Nesse mesmo ano, as instruções para as eleições paroquiais traziam dispositivos que pretendiam coibir a prática de suborno, capaz de comprometer a lisura das eleições.

Como visto, a preocupação com as fraudes eleitorais remontam ao período Imperial, quando a opinião pública passou a exigir eleições diretas e a protestar contra os abusos e fraudes dos que pretendiam chegar ao poder, de tal forma que “propostas de sistemas eleitorais mais representativos” e a exigência de “verdade eleitoral” remontam à independência, percorrendo todo o período Imperial e a chamada República Velha” (SADEK, 1995:2)

Durante a República velha, o poder econômico dos chefes políticos era determinante no resultado das eleições. Os coronéis eram os responsáveis pelas escolhas políticas fazendo uso de toda ordem de pressão sobre o eleitorado. As fraudes na votação e apuração dos votos era constante e ainda não existia o sigilo do voto nem às mulheres era permitido votar. As

campanhas eram pouco dispendiosas e o eleitor era “convencido” por meio do fornecimento de dinheiro, emprego, alimentos, dentre outras coisas, além de ameaças.

A lei nº 3.029/1881, mais conhecida como Lei Saraiva, que teve a redação de Ruy Barbosa, encarregado que fora de redigir uma norma com caráter moralizador da competição eleitoral, aboliu as eleições indiretas e confiou o alistamento eleitoral à magistratura, extinguindo, assim, as juntas paroquiais de qualificação, deixando sob a responsabilidade do Congresso Nacional e às Assembleias Estaduais a regulamentação do processo eleitoral para os cargos federais e estaduais, respectivamente.

É a partir desse momento que se passa a recorrer à magistratura como classe passível de mais confiança, no que se relaciona ao processo eleitoral, permanecendo, contudo, o controle regional do eleitorado pelos coronéis e, a nível federal, a Comissão de Verificação de Poderes do Congresso impedia a oposição de assumir os cargos conquistados por meio do voto. Desta forma, preocupado com a seriedade do processo eleitoral, o presidente Venceslau Braz, por meio da lei nº 3.139, de 1916, deixou a cargo do Poder Judiciário a execução das leis eleitorais, para muitos a norma embrionária da Justiça Eleitoral.

O Brasil já saturara com as fraudes e violências em matéria eleitoral que marcaram toda a República Velha e, por conseguinte, era perceptível uma aspiração geral da população brasileira no sentido de que o processo eleitoral fosse retirado do arbítrio dos governos e da influência negativa do caciquismo local. Não por acaso, o movimento revolucionário de 1930 tinha como uma de suas principais bandeiras a moralização das eleições no país. Segundo dizeres do Ministro Gilmar Mendes, “A Justiça Eleitoral é a filha dileta da revolução de 1930, cuja causa *mater* era “a verdade eleitoral”.

Nesse contexto revolucionário, com base no famoso Tribunal Eleitoral tcheco de 1920, inspirado no gênio jurídico de Hans Kelsen, por meio do decreto nº 21.076, considerado o nosso primeiro Código Eleitoral, em 1932 foi criada a Justiça Eleitoral, adotado o voto secreto e o voto feminino, Código este que jurisdicionaliza o processo eleitoral no Brasil, ou seja, define que o órgão que aplica o processo eleitoral e que administra, prepara realiza e apura as eleições no nosso território é a Justiça Eleitoral.

Referido decreto ou Código, por meio do seu art. 5º delegava à Justiça Eleitoral atribuições contenciosas e administrativas, entre essas a competência para “fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias”. O pensamento era de que o processo eleitoral deveria ser exercido por um órgão neutro e distanciado de todos os vícios do velho sistema.

Dois anos depois de criada, em 1934 a Justiça Eleitoral é inserida na Constituição como órgão do Poder Judiciário, e em 1935 tivemos a edição do segundo Código Eleitoral. Contraditoriamente, a Justiça Eleitoral, promotora da democracia, foi criada no contexto de um governo que assumiu o comando do país após um golpe, contudo, e apesar dos avanços, não por acaso a Carta Política de 1937, que dava forma jurídica à ditadura de Getúlio Vargas, extingue a Justiça Eleitoral.

Em 1950, após a Segunda Guerra Mundial e a redemocratização do Brasil, tivemos o terceiro Código Eleitoral para, após esse breve período de democracia, interrompido pelo golpe militar de 1964, chegarmos em 1965 à edição da lei nº 4.737, o quarto e último Código Eleitoral até hoje vigente, que sofreu diversas modificações, notadamente aquelas oriundas da lei nº 9.096/1990 e da lei nº 9.504/1997.

Somente duas décadas depois de promulgado o último Código Eleitoral, um presidente civil foi eleito pelo Congresso Nacional e, três anos depois, a Constituição restabeleceu eleições diretas para Presidente da República.

Foram os antecedentes da política nacional que fizeram com que fosse atribuída à Justiça Eleitoral a administração de todo o processo eleitoral, inclusive quanto às regras, buscando no judiciário a neutralidade no que se relaciona aos interesses político-partidários, sujeitos estes a contaminar o interior das decisões com interesses particulares, contrários à lógica da representatividade.

Apesar de todas as reviravoltas na política nacional, mesmo durante o Golpe de 1964 a JE permaneceu atuando e, apesar de tudo, crescendo institucionalmente e de forma independente garantindo os resultados das eleições, inclusive àqueles contrários aos interesses do governo, mantendo-se independente e distante dos conflitos político-partidários, até chegar ao estágio atual, um dos órgãos públicos melhor avaliados no conceito da população brasileira.

Além dos avanços políticos, a Justiça Eleitoral sofreu um impressionante avanço técnico, e a partir de 1993 ganhou uma nova dinâmica, quando pela primeira vez foi realizada uma totalização eletrônica dos votos, na apuração do plebiscito que definiu o sistema e a forma de governo. Ademais, em 1995 foi editada a lei nº 9.096, Lei dos Partidos Políticos, que reconhecia essas organizações como pessoas jurídicas de direito privado, tirando da seara da Justiça Eleitoral o controle dessas agremiações partidárias, o que lhes deu total independência.

Desde a sua criação, em 1932, até os dias atuais, parece que chegamos à verdade eleitoral descrita pelo Ministro Gilmar Mendes, fruto de uma Justiça especializada e técnica, referência no mundo em segurança e agilidade na realização das eleições a seu cargo.

Neste avançar jurídico e técnico, a lei nº 9.100 permitiu o início do processo de informatização do voto, nas eleições de 1996, ao autorizar à Justiça Eleitoral a utilizar, em uma ou mais Zonas Eleitorais, o sistema eletrônico de votação e apuração, dando condições a 33 milhões de eleitores de votarem por meio da urna eletrônica, para em 1997 chegar à lei nº 9.504, Lei Geral das Eleições, que procura adaptar a velha norma às novas condições de execução do pleito, à vista da defasagem do Código Eleitoral. Por fim, em 2010 a Justiça Eleitoral inicia a implantação do sistema de identificação biométrica por meio da coleta das impressões digitais do eleitor, demonstrando outro salto tecnológico dessa Justiça especializada.

A Justiça Eleitoral nasce após um golpe que defendia a “verdade” das eleições, no contexto de um país tipicamente rural, e chega ao Brasil atual, industrializado e na “era da informática”, o que levou à lei nº 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições e que, em conformidade com o seu artigo 105, delega ao Tribunal Superior Eleitoral a expedição de todas as instruções necessárias para a fiel execução dos pleitos eleitorais, função regulamentar já lhe atribuída pelo art. 23, IX, do Código Eleitoral.

Baseado na conclusão de Paulo José M. Lacerda *et alii* (2004, p. 28), a evolução histórica do ordenamento jurídico eleitoral brasileiro “deu-se predominantemente por meio das denominadas instruções, forma de manifestação de nossas primeiras leis eleitorais”. A origem do poder normativo conferido à Justiça Eleitoral mistura-se com a sua própria existência, pois a partir da criação dos órgãos judiciais eleitorais a competência de regulamentar as eleições, antes atribuída a outros órgãos, foi a ela transferida.

Embora predomine na Justiça Eleitoral a sua função jurisdicional, essa Justiça especializada exerce com vigor as funções normativa e administrativa das eleições, com o fim primeiro de garantir a legitimidade e a lisura do processo eleitoral. Esse poder regulamentar, exteriorizado pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, é uma marcante característica da legislação eleitoral vigente, contudo, o que se espera é que tais emissões normativas não infrinjam o princípio da separação dos poderes, elencado no artigo 2º da Constituição Federal, e que determina as edições de leis apenas ao poder legislativo.

2.2A Administração das eleições brasileiras

Em função das razões históricas visitadas anteriormente de forma breve, foi atribuído à Justiça Eleitoral, órgão integrante do Poder Judiciário Nacional, a administração do processo eleitoral, o que engloba todas as atividades previstas, inclusive a jurisdicional. Buscava-se uma neutralidade por meio do Judiciário Federal, com o intuito de se contrapor aos interesses político-partidários, capazes de levar para as decisões interesses particulares adversos ao princípio da representatividade.

Em princípio parece ser a solução que melhor se apresenta, dentro de uma história política conturbada e cheia de desconfianças nascidas dos abusos históricos e patrocinadas por um bom número daqueles que fizeram e fazem a história das eleições no Brasil. Contudo, não se pode olvidar das influências geradas pela forma de indicação dos juízes que compõem as altas Cortes Judiciais no Brasil, previstas na Constituição de 1988, e mais ainda a do Tribunal Superior Eleitoral, na medida em que sequer tem juízes dos seus próprios quadros, tomando “emprestado” magistrados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Atualmente, a composição do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral é formada por três ministros do Supremo Tribunal Federal, dois ministros do Superior Tribunal de Justiça e por dois ministros dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo STF e nomeados pelo Presidente da República. A escolha dos ministros para o STF e para o STJ é da competência do presidente da República.

Como visto, embora o intuito fosse buscar a neutralidade, a Constituição de 1988 acabou por transformar a escolha daqueles que compõem a cúpula da Justiça Eleitoral em uma escolha política, o que evidentemente é capaz de se refletir nas tomadas de decisões quanto ao processo eleitoral.

2.3 Fundamentos do poder regulamentar da justiça Eleitoral

Percebe-se que a Justiça Eleitoral no Brasil é um tanto quanto diferenciada quanto ao seu funcionamento, na medida em que, conforme sua competência como órgão jurisdicional, tem uma ação administrativa bastante ativa, com destaque para a regulamentação do processo

eleitoral, por meio da edição de resoluções, às quais são atribuídas força de lei geral ou lei disciplinadora, o que incide em questionamentos legais que tornam a matéria muito discutida pelos operadores do Direito, além do imenso campo aberto às discussões doutrinárias dos critérios de análise da validade normativa.

Como visto, o poder de regulamentar a lei encontra-se positivado no art. 84, IV, da Constituição Federal. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 86-87) “embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis”.

Também é de competência privativa da União, em conformidade com o art. 22, I, da Constituição de 1988, legislar sobre Direito Eleitoral. Contudo, na omissão da Constituição quanto a competência normativa da Justiça Eleitoral, no entendimento da doutrina a interpretação sistemática do art. 22, I, e do art. 121 da Carta Magna, remetem à Lei complementar a definição da competência dos Tribunais Eleitorais, donde se infere que deriva do parágrafo único, do art. 1º, e do inciso IX do art. 23, ambos do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a transferência de parte do encargo normativo.

Para Rômulo Pizzolatti (1998, p. 18-19), tendo em vista que o art. 121 da Constituição transferiu para “Lei Complementar” dispor sobre “a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”, e não tendo sido desde então editada lei que aglutinasse toda essa matéria, por força do Princípio da Continuidade da Ordem Jurídica, mantem-se em voga o Código Eleitoral, antes Lei Ordinária, agora com o *status* de Lei Complementar, só podendo, portanto, ser revogado por outra lei da mesma espécie. Nesse diapasão, no Acórdão nº 12.641 o TSE decidiu pelo fenômeno da recepção do Código Eleitoral, com *status* de Lei Complementar, até a edição da Lei a que se refere o art. 121 da CF/88.

É o poder regulamentar eleitoral exteriorizado pelo Egrégio Tribunal Superior Eleitoral e que não fora positivado pela Constituição. É o poder normativo, marcante característica da legislação eleitoral vigente, traduzido na edição de atos normativos genéricos sobre matéria eleitoral, em formato de instruções normativas, conforme positivado no art. 23, IX, do Código Eleitoral de 1965 (lei nº 4.737/1965), materializadas nas resoluções, convenientes à fiel execução do Código Eleitoral, bem como da legislação eleitoral *lato sensu*, como se vê:

Artigo 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.
 (...)
 Artigo 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, (...)
 IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.

Observe-se que no exercício do poder regulamentar eleitoral, inexistente atividade jurisdicional, já que o trabalho do Tribunal Superior Eleitoral, no momento da regulamentação não está voltado à solução de conflitos ou à proteção de interesses das partes que disputam a eleição, tampouco deve inovar o ordenamento jurídico, função tipicamente legislativa e que, portanto, foge à sua competência.

De outra forma, inexistente na Constituição Federal regra a se contrapor a essa atribuição da Justiça Eleitoral, remetendo-a a quem a exerce e não ao presidente da República, mais ainda quando se percebe que, exercido o poder regulamentar pelo presidente da República, detentor de natural interesse político nas eleições, mesmo não participando diretamente do pleito, haveria o risco de politização da regulamentação dos pleitos, o que poderia viciar o processo eleitoral, comprometendo a sua lisura e legitimidade, ferindo o princípio da isonomia entre os concorrentes aos cargos eletivos.

Embora se trate de um poder não autorizado pelo art. 84 da Constituição Brasileira, no entendimento de Victor Nunes Leal (1960, p. 216), "...essa previsão não impede que o presidente da República possa regulamentar a legislação eleitoral, no uso de sua atribuição de regulamentação geral, pois se faculdade do chefe de Estado se estende a todas as leis, não podendo uma lei ordinária subtrair-lhe o Direito Eleitoral..." O que se percebe é que, de fato, nenhum presidente tentou fazer uso do poder a ele atribuído pela Constituição, para regulamentar qualquer eleição.

A comentada função normativa da Justiça eleitoral encontra previsão em outras Leis do nosso ordenamento jurídico-eleitoral, como no art. 18 da lei nº 6.996/1982, que dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais; no art. 27, da lei nº 6.091/1974, que dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, no dia da eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais; os arts. 14, § 3º, inciso V, e 17 da Constituição; e art. 105 da lei nº 9.504/1997, a chamada Lei das Eleições, o qual determina ao TSE a expedição das instruções necessárias à sua execução. O art. 61 da Lei dos Partidos Políticos, também estabelece competência privativa ao TSE para expedir resoluções para execução dessas leis, especificamente.

Para dar concretude à competência regulamentar da Justiça Eleitoral, as instruções adotadas pelo TSE ganham a forma de resoluções e, embora não sejam formalmente leis, assim o são em sentido material, por se constituírem atos normativos legítimos, com caráter genérico. Neste mesmo patamar encontram-se as resoluções advindas de respostas às consultas formuladas àquela Corte, por quem de direito, e que representam número substancial, maior do que o das resoluções normativas. Na prática, as resoluções advindas de consultas e aquelas tipicamente normativas são normas de caráter geral e produzem os mesmos efeitos jurídicos.

Observe-se que essas consultas serviram para regulamentar temas eleitorais de destaque, quando suas respostas ganharam a forma de resoluções e estabeleceram regras a serem observadas por partidos políticos e candidatos que se enquadrassem nas situações abstratas submetidas ao entendimento do Tribunal Superior Eleitoral.

Inobstante a regra insculpida na lei nº 9.504/1997, muitos são os que entendem que o poder regulamentar do TSE está fundado em base inconstitucional, pois não encontra lastro na ordem constitucional em vigor. Para tanto, argumentam que a citada lei não poderia ter extrapolado o fixado na Constituição, notadamente quando por meio do seu artigo 105, alterado pela lei nº 12.034/2009, atribui ao TSE poder regulamentar sob reserva da Constituição, não sendo passível de ser concedido ao órgão eleitoral por mera vontade do legislador ordinário.

Discussões à parte, o fato é que o poder normativo atribuído à Justiça Eleitoral tem sido aceito e respeitado no seio da comunidade jurídica, por magistrados, pelo cidadão eleitor e pelos partidos políticos, ou seja, por toda a sociedade. Observe-se que as resoluções se produziam não somente em virtude da necessidade de regulamentação das leis eleitorais, mas também em resposta a consultas formuladas por autoridades ou órgãos autorizados pelo art. 8º, alínea “j” e art. 23, inciso XII, ambos do Código Eleitoral, quando o posicionamento do TSE, face ao caso hipotético, era publicado sob a forma de resolução, o que lhe atribuía um caráter normativo. Ademais, em conformidade com a jurisprudência do TSE suas resoluções têm força de Lei Ordinária.

Uma outra observação a ser feita é que a atribuição dada à Justiça Eleitoral de fixar e expedir normas não é uma inovação recente, tendo em vista que referida atribuição já se fazia presente no ordenamento jurídico pátrio a partir da Constituição de 1932. Por sua vez, a resposta em atendimento a consultas relativas a questões eleitorais, encontra previsão na Carta Magna a partir de 1935, interrompida tão somente em 1946.

Observe-se que essas atividades, atípicas no que se relaciona ao poder Judiciário, foram por demais importantes no que se relaciona ao nosso desenho institucional, tendo em vista que resultaram por conferir à Justiça Eleitoral a capacidade de participar ativamente de todo o processo eleitoral desde 1932, com raras interrupções, apesar dos entremeios de governos ditatoriais.

2.3.1. Princípios constitucionais aplicáveis à matéria

Como premissas que norteiam todo o ordenamento jurídico, não poderiam ser diferente com as instruções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que devem, necessariamente, submeter-se aos princípios norteadores do sistema normativo. Desta forma, veremos alguns desses princípios a que não devem fugir as resoluções normativas do órgão superior eleitoral, sejam elas normativas ou advindas de consultas.

2.3.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade ou da reserva legal encontra previsão legal no art. 5º da Constituição de 1988 e, em conformidade com o referido artigo, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, todos estão obrigados à subsunção da lei. Assim, qualquer atividade patrocinada pela Administração Pública deve ser lastreado em um permissivo legal, caso contrário será considerada ilícita.

O princípio da legalidade também encontra previsão no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que impõe a Administração Pública obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Referido princípio tem sua gênese na Europa, à reboque do surgimento do iluminismo e das revoluções burguesas, que em substituição ao Estado absolutista implantaram os Estados Democráticos de Direito, com fundamento na lei a qual todos devem se sujeitar, inclusive os Estados e seus governantes. Segundo esse princípio, o administrador, na busca do interesse público, não pode fazer as coisas ao seu bel prazer, o seu modo de agir tem que estar de acordo com a lei, limitando-se a fazer aquilo que a lei expressamente

autoriza, diferentemente do administrado que tem maior liberdade de agir, podendo fazer tudo aquilo que não está proibido ou o que a lei silencia. Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2009: P.89)

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso.

Destarte, as expedições normativas do Tribunal Superior Eleitoral, quase sempre em forma de resoluções, não podem criar direitos e obrigações sem que encontrem previsão legal, e sob pena de serem invalidadas devem se manter nos limites estabelecidos pela lei. É um princípio que submete a todos, inclusive o legislador comum, e não poderia ser distinto em relação à Justiça Eleitoral.

Para Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 124) a Resolução é “ato inaugural da ordem jurídica, só não podendo extrapolar ou contrariar, assim como a lei em sentido estrito também não o pode, o ato normativo que lhe serve de fundamento de validade”. Para ele, há que se entender o vocábulo “lei” empregado na Constituição Federal como lei propriamente dita ou atos normativos equiparados, e a palavra lei não significa lei em sentido estrito, mas quaisquer atos de inequívoca força legal, como as medidas provisórias, decretos-legislativos, resoluções do Congresso ou ainda dos Tribunais.

Ao comentar o disposto no art. 23 do Código Eleitoral, quando do julgamento da Consulta nº 715/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence, que teve seu voto vencido, aduziu que se trata de competência normativa, mas de hierarquia infralegal, e advertiu que “o juízo de conveniência, confiado ao TSE, tem por objeto a expedição ou não da instrução, não o seu conteúdo”, já que destinado à execução da ordem jurídica eleitoral, estando, pois, subordinado à Constituição e à lei. Ademais, adiantou que pode o Tribunal “colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei”, mas que não as pode corrigir, “suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer, o ‘silêncio eloquente’ de uma ou de outra”, substituindo a opção do legislador.

Segundo Victor Nunes Leal (1960, p. 217) a má técnica legislativa utilizada na construção desse dispositivo legal não tem a virtude de alargar, além dos limites já assinalados, a faculdade regulamentar do Judiciário Eleitoral, porque as tem como destino a execução da lei eleitoral, de modo que a prevalência dos regulamentos pressupõe a sua legalidade ou constitucionalidade; e, a das leis, a sua conformidade com a Constituição, de

sorte que podem os Tribunais Eleitorais, como quaisquer outros, negar aplicação às leis e regulamentos a que faltem aqueles pressupostos.

De qualquer sorte, é inegável que o princípio da legalidade se impõe de forma absoluta, tendo em vista que a Constitucional Federal prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, princípio que, sem sombra de dúvidas, é aplicável aos atos normativos expedidos pela Justiça Eleitoral, sob pena de que sua legalidade seja discutida ante o Poder Judiciário.

O princípio da legalidade quando limita a Administração Pública a atuar somente no que é permitido em lei, atribui ao Estado um caráter democrático, revestindo-se numa expressão de direito revelando-se um elemento garantidor da segurança jurídica. Tal princípio deve estar subordinado não somente à lei, mas a todo o sistema jurídico.

2.3.1.2 O princípio da razoabilidade

Uma vez a norma expedida submetida ao princípio da legalidade, um outro princípio decorrente do primeiro se faz presente, obrigando o Tribunal Superior Eleitoral a observá-lo quando da expedição de suas instruções, é o princípio da razoabilidade, por vezes chamado de princípio da proporcionalidade ou da adequação dos meios aos fins, que é utilizado para solucionar a colisão entre outros princípios jurídicos. A doutrina majoritária entende que este princípio seria formado por sub-princípios, quais sejam, o princípio da adequação do meio ao fim; o princípio da necessidade e o da proporcionalidade.

Embora não expressamente positivado na Constituição Federal, é um princípio difícil de ser conceituado, tendo em vista a dificuldade de estabelecimento do que seja “razoável”. Poderíamos dizer que razoável é aquilo que é aceitável para o homem médio, contudo não exaure ou não é esclarecedor. Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986, p. 1455) razoável é o que é aceitável, ponderado, sensato, conforme à razão, racional. Desta forma, para se chegar ao razoável se faz necessário a busca por elementos subjetivos fundamentados em crenças e valores individuais ou coletivos.

Antônio José Calhau de Resende definiu este princípio da seguinte forma: “A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e

coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato”.

Neste diapasão, no exercício de suas funções a Administração Pública deve guiar-se pela razoabilidade dos seus atos para que sua conduta seja considerada como legítima, devendo usar tal princípio como condutor das suas intervenções administrativas. A sua importância no direito administrativo se evidencia quando, em face dos administrados, a face sancionadora do estado ocorre por meio de dispositivos abstratos e abertos, que levam à discricionariedade.

Esta competência discricionária a vista do desempenho da Administração Pública, que consiste na liberdade de ação do agente público dentro de critérios estabelecidos pelo legislador, dá ao mesmo alguma margem para efetivar a vontade abstrata da lei, quando a autoridade deve adotar a medida mais coerente ao atendimento da finalidade pública, devendo a autoridade, *in casu*, estar adequada ou agir com proporcionalidade entre o motivo e o fim, sob pena de seu ato ser anulado pela própria administração ou pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, o Princípio da Razoabilidade é um dos limitadores da discricionariedade do administrador público. Infere-se, assim, que ao exercer seu mister o administrador público está obrigado a ser razoável, seguir a lei e decidir com proporcionalidade.

Desta forma, qualquer resolução editada pelo Tribunal Superior Eleitoral que fira o princípio da Razoabilidade é passível de discussão judicial, mesmo que quando da sua elaboração tenha sido observados todos os elementos formais.

Mais tecnicamente, nas palavras de Caio Tácito (1996, p. 232), “a rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade” e “a noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico”.

2.3.1.3 Princípio da anualidade da lei eleitoral

Princípio da anterioridade eleitoral, princípio da anualidade em matéria constitucional, princípio da antinomia eleitoral ou anterioridade constitucional em matéria eleitoral, são nomes dados ao princípio da anualidade da lei eleitoral; é um princípio expresso no artigo 16 do texto Constitucional, segundo o qual “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.” Em conformidade com a Constituição, os conceitos de segurança jurídica, de eficácia normativa e de processo eleitoral estão intimamente ligados ao princípio da anterioridade.

Note-se que o texto Constitucional faz referência à “lei que alterar o processo eleitoral”, *in casu*, à lei em seu sentido amplo, ou qualquer norma por meio da qual seja alterado o ordenamento jurídico, exclusive nesse caso os regulamentos editados com o objetivo de promover a fiel execução da lei.

É um princípio dirigido ao Poder Legislativo, na medida em que a ninguém compete inovar o ordenamento jurídico, senão ao parlamento, princípio que pretende garantir aos partidos, candidatos e eleitores que as regras do processo eleitoral não serão alteradas no meio do jogo e que, por sua vez, não deve ser aplicado ao poder normativo atribuído à Justiça Eleitoral, que edita resoluções com o fito de dar bom andamento às eleições, há menos de um ano do pleito eleitoral, na forma do artigo 105 da lei nº 9.504/97, evidenciando que tais resoluções não devem exceder o limite da lei, restringindo-se à sua regulamentação.

Por sua imprecisão, a expressão “processo eleitoral”, referida no normativo transcrito tem sido objeto de discussão pela Justiça Eleitoral com a pretensão de definir até que ponto chega a sua abrangência. Essa inovação constitucional é destacada por Torquato Jardim (1993, p. 34) e no seu entendimento visa “impedir mudanças pouco éticas de última hora a alterar, por exemplo, o prazo de domicílio eleitoral ou de filiação partidária, ou a redivisão territorial dos municípios”. Parece clara que a lei atendeu a seu intento na medida em que o referido dispositivo tem impedido que o chamado jogo eleitoral tenha suas regras definidas bem antes do pleito.

Contudo, para Joel José Cândido (1999, p. 18-19), essa regra não impediu que se editassem sucessivas leis eleitorais destinadas a regular os respectivos pleitos e, acrescentaríamos, praticamente uma nova regra para cada pleito. Todavia reconhece que na prática significa uma segurança mínima para o processo eleitoral e para a igualdade partidária e entre candidatos que deve imperar nesse processo, hoje, “sob a ótica legislativa, graças ao Princípio da Anualidade, o ordenamento positivo eleitoral é o mais democrático da ordem jurídica e o que mais desfruta de estabilidade”.

Embora o entendimento da doutrina seja no sentido de que as instruções normativas, quase sempre em forma de resoluções, emanadas pelo Tribunal Superior Eleitoral tenham forma de lei, não o são de fato tendo em vista que sua elaboração prescinde do processo legislativo e, por conseguinte, de todos os atos realizados no interior do Poder

Legislativo com o intuito de formar as espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição de 1988, como se vê:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Assim é que o *caput* do art. 105 da Lei nº 9.504/1997 define como limite o dia 5 de março do ano da eleição, para que o TSE expeça todas as instruções afetas à execução da referida lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito. É a data limite que o Tribunal Superior Eleitoral está obrigado a cumprir, com o intuito de evitar o caráter casuístico que a lei eleitoral pretendeu afastar.

2.3.1.4 Princípio da hierarquia das normas

Uma das obras mais importantes de Hans Kelsen é a “Teoria Pura do Direito”, por meio da qual este inovou todas as explicações dadas ao direito, tentando fazer deste uma ciência. Nesse contexto, Kelsen procura estabelecer uma hierarquia das normas. Para ele o direito é uma ciência que pode regular a sua própria criação, a norma que regula a produção é a norma superior e a norma produzida é a norma inferior.

No entendimento de Kelsen, "a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora."

O Estado Democrático de Direito, inserto no art. 1º da Constituição Federal, tem como característica a submissão de todos à ordem jurídica estabelecida, que tem como ápice da pirâmide a Constituição onde cada norma existente deve estar fundamentada na Constituição e a ela deve ser subordinada.

No entendimento de Celso Ribeiro Bastos (199, p. 16-17), a existência da hierarquia da norma tem como pré-requisito a existência de um campo material comum. Dessa forma, existe hierarquia sem que o ato subordinante delimite a área material de atuação do ato subordinado, de outra forma, sempre que um determinado ato extrair o seu fundamento de validade de outro, este último lhe será superior e dessa forma a relação de hierarquia resulta por ser instalada.

Ao expedir instruções com o intuito de dar executoriedade à lei eleitoral, o TSE não pode transitar por via distinta, deve atuar de tal forma que as instruções por ele expedidas encontrem fundamento de validade na lei que as autoriza, deve obrigatoriamente agir para que seja observada a hierarquia das normas pelas instruções expedidas, por serem normas subordinadas e que assim devem ter como limite a Constituição Federal, fonte primária das leis e, por conseguinte, das instruções. Como dito, a Constituição é o ponto culminante em que se inicia toda a ordem jurídica, a qual compete fornecer a base para todo o ordenamento legal. Desta forma, o princípio da hierarquia das normas aparece como um dos meios postos na solução dos conflitos que os atos normativos podem provocar.

2.4 Controle constitucional das instruções do TSE

O Controle de constitucionalidade é realizado pelo Poder Judiciário quando no exercício de sua função, e consiste na verificação da compatibilidade que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição Federal. Trata-se, sempre, de exame que irá comparar o ato legislativo ou normativo com a Constituição Federal, e qualquer um desses atos ou normativos que contrarie a o texto da Carta Magna deve ser declarado inconstitucional.

Para Alexandre de Moraes (2004, p. 635), “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, a de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.

O controle de constitucionalidade funda-se no pensamento de supremacia da Constituição, no entendimento de que existe uma lei maior que é capaz de se sobrepor a qualquer norma existente no país. É uma supremacia decorrente das Constituições escritas, tendo em vista que as mesmas exigem procedimento específico para sua alteração, mais rigoroso do que aquele atinente às demais normas, considerando-se que se as normas constitucionais tivessem o mesmo procedimento de elaboração que aquelas infraconstitucionais, haveria revogação da norma constitucional quando acontecesse a superveniência de lei contrariando que contrariasse a Carta Magna. Desta forma, se considera que todos os outros atos normativos, segundo a hierarquia das normas, são inferiores à Constituição. Desta forma, tudo o que não estiver de acordo com a Constituição será declarado inconstitucional.

Segundo a doutrina, existem vários tipos de controle constitucional, quais sejam, formal ou orgânico, material, por ação, por omissão, originário, superveniente, total ou parcial. Afora isso, o controle de constitucionalidade pode ser político, jurisdicional ou misto, quanto ao momento do exercício, podendo, ademais, ser preventivo ou repressivo.

Desta forma, quando o ato normativo, no caso uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que se propõe a regulamentar a lei, extrapola os parâmetros nela estabelecidos, fugindo da subordinação ao mandamento legal, a questão deverá encontrar solução na supremacia da aplicação da lei, não cabendo ação direta de inconstitucionalidade, segundo o STF.

Tal posição é questionada por Clèmerson Merlin Clève (1995, p. 143-144), pois para ele aqueles regulamentos podem ofender a Constituição não somente quando surgem como normas autônomas, mas do mesmo modo quando não são observados os princípios da reserva legal, da supremacia da lei ou o da separação dos poderes.

2.4.1 O controle constitucional por ação direta

A ação direta tem por fim a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual por vício formal ou por vício material, ou ainda por dupla inconstitucionalidade, e se encontra amparada no artigo 102, I da Constituição de 1988, como segue:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Como visto, a competência no que se relaciona ao controle concentrado de constitucionalidade por ação direta pertence ao Supremo Tribunal Federal, que tem como paradigma a Constituição Federal, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e a ação declaratória de constitucionalidade, que tem por fim expurgar do ordenamento jurídico o ato inconstitucional. Neste caso, a lei é retirada do ordenamento jurídico, atingindo seus efeitos a todos os casos que guardem similaridade em que o dispositivo da Constituição tenha sido violado.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando um ato tenha sido produzido pelo Poder Legislativo em desconformidade com as normas competentes ou com o procedimento previsto para o seu nascimento no mundo jurídico. Quanto à inconstitucionalidade material, ocorrerá quando o conteúdo do ato infraconstitucional contrariar qualquer norma substantiva prevista na Constituição, seja um princípio ou regra.

A possibilidade de controle atinge a todos os atos que tenham conteúdo normativo. Desta forma, quando em dado momento ficar patente que determinado ato em seu conteúdo prescreve algo a ser cumprido pelo órgão destinatário, pode ser alvo de controle de constitucionalidade, como ato normativo.

Quando um decreto, seja integral ou parcialmente, se apresenta como autônomo e se deixa de cumprir seu papel de regulamentar a lei, o STF tem admitido ação direta de inconstitucionalidade. Segundo Alexandre de Moraes, “O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige” (Moraes, 2004, p. 674-675). O mesmo raciocínio pode ser aplicado às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral quando modificarem a lei, desta forma sendo passíveis do controle concentrado de constitucionalidade, por terem caráter normativo e geral.

2.4.2 O controle difuso ou aberto

O controle difuso da constitucionalidade acontece em face de uma questão preliminar, por via incidental, no andamento da ação submetida ao Poder Judiciário. É um

controle de constitucionalidade inerente a todos os órgãos do Judiciário, por ser característica da atividade jurisdicional a interpretação e aplicação da lei. Desta forma, no curso de quaisquer processos é possível que seja apreciada a inconstitucionalidade incidente em dada questão prejudicial à questão objeto da discussão, podendo ser suscitada por qualquer daqueles que compõem a relação do processo em espécie, a exemplo do Ministério Público, e as partes. Neste caso, não caberá discutir a lei ou o ato normativo sobre o qual se alega o vício, mas tão somente do fato ou conduta sobre o qual existe a pretensão prática com fundamento na lei, neste caso sendo pertinente a decisão apenas para as partes que compõem o processo.

Neste caso, o controle constitucional pode ser suscitado pelo réu por ocasião da resposta à petição inicial, por terceiro que compõe a relação processual ou ainda pelo autor de qualquer ação e natureza, proposta em qualquer juízo ou Tribunal, não fugindo desse contexto as ações eleitorais, desde que o juízo ou Tribunal seja aquele competente para julgar a causa. Pode ser suscitada, também, na ação civil pública, na ação popular e deduzida nas ações constitucionais (no habeas corpus, mandado de segurança ou habeas data (Clèmerson Merlin Clève (1995, p. 78-79)

Nesse contexto, os juízes eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o próprio Tribunal Superior Eleitoral são os responsáveis pelo controle jurisdicional de constitucionalidade em relação aos atos exarados pelo TSE, nas ações por eles conhecidas, tendo em vista que o julgador não pode se vincular ao ato normativo que se reputa inconstitucional, que no caso da Justiça Eleitoral quase sempre uma resolução.

CAPÍTULO 03 OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR DA JUSTIÇA ELEITORAL

3.1 Delimitação do poder regulamentar da JE

Via de regra, o poder normativo da Justiça Eleitoral é aceito e respeitado por toda a sociedade brasileira, embora exista uma minoria que defenda a tese de que todo o poder regulamentar está adstrito ao Poder Executivo, inexistindo embasamento constitucional para aquele atribuído à Justiça Eleitoral e exercido pelo TSE.

Edilson Pereira Nobre Júnior (2000, p. 41), citando Victor Nunes Leal (1960, p. 216-217), afirma que a função normativa da Justiça Eleitoral retrata, sem maiores discussões, nítida expressão de uma competência regulamentar, pressupondo, para a sua validade, obediência à lei regulamentada e à Constituição e que “na prática, diferentemente, é atribuído mais largo alcance e importância a ditas instruções, de modo a dotarem-nas de força de lei, ora prestando-se para revogar alguns dispositivos, ora para ensejar, pela sua violação, a interposição de recurso especial”.

Em outras palavras, para que se mantenha conforme o art. 5º, inciso II, da Carta Magna, já que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, os limites para o exercício desse poder pelo TSE são os mesmos do legislador comum, não podendo as instruções desse órgão inovar a ordem jurídica e criar direitos e obrigações não previstas em lei. As resoluções eleitorais devem ficar adstritas a esclarecer datas, competências e procedimentos em relação à eleição que será disputada, criando facilitadores à compreensão da legislação eleitoral, não mais que isso.

Em princípio, caberia ao TSE regulamentar as leis que regulam o processo eleitoral e a legislação referente às representações partidárias, por meio de instruções, publicadas em forma de resoluções. Mas o entendimento jurisprudencial daquela corte aponta no sentido de que essa competência engloba não somente o poder de normatizar a lei, mas também de “emprestar-lhe o sentido que a compatibilizou com o sistema no qual se insere”, posicionamento usado para justificar o pronunciamento da Corte Eleitoral em assuntos não abarcados pelos diplomas normativos passíveis do exercício do poder regulamentar e que, ainda assim são veiculados por meio de resolução que tem caráter de norma geral.

Neste contexto, verifica-se que a lei nº 9.504/1997 foi mais além do que previu o Código Eleitoral, e na alteração nela promovida por meio da lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009, ficou estabelecida a real possibilidade da expedição dessas resoluções. Assim, a lei nº 9.504 resultou por fixar em seu art. 105 o que a Constituição da República não o fez em relação à Corte Eleitoral:

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. (Redação dada pela Lei n. 12.034/2009), (...)
 § 3º Serão aplicáveis ao pleito eleitoral imediatamente seguinte apenas as resoluções publicadas até a data referida no *caput*.

Esse dispositivo, contudo, exara o ânimo jurídico quanto aos limites do poder regulamentar do TSE, com o intuito de que esse órgão do Poder Judiciário não extrapole os limites atinentes a essa atividade normativa, em moldes semelhantes àqueles estabelecidos para o Presidente da República no que se relaciona ao seu Poder Regulamentar, ou seja, contendo esse órgão para limitar-se, no caso, à fiel execução das leis emanadas pelo Poder Legislativo, sem alterá-las ao sabor da autoridade de plantão, mais ainda em um Tribunal que tem uma rotatividade bianual em relação a seus magistrados. Ademais, a lei eleitoral obriga que a Justiça Eleitoral, através do TSE, ao expedir instruções regulamentares, a não restringir direitos (como o de candidatura...), e deve ouvir, previamente, em audiência pública, os delegados e representantes dos partidos políticos.

Para Torquato Jardim (1998, p. 46), a jurisdição do TSE, nesse campo, “será também a de equidade, no caso concreto, e quase-legislativa, sempre que necessário resolver um litígio para o qual inexista previsão legal geral e abstrata ou fixar regra geral sobre a qual tenha se omitido o legislador ordinário”, não havendo ofensa à independência e à harmonia dos Poderes, tendo em vista que o ato advindo daquela Corte não terá o traço de generalidade e abstração que tão somente a norma editada pelo Poder Legislativo deve conter.

Segundo os dizeres de Marcos Ramayana (2004, p. 76), os atos normativos emanados do TSE devem estar situados *secundum e praeter legem*, sob pena de invalidação, desta forma cabível: 1) controle pelos partidos políticos e pelo Ministério Público, sempre que verificada uma extensão demasiada na regulamentação ou detectado que a instrução foi editada contra legem; 2) ajuizamento de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), quando se quedar silente o órgão regulamentador sobre determinada matéria eleitoral; e, ainda, 3)

controle jurisdicional por meio de mandado de segurança, se alguma resolução, por exemplo, atingir efeitos danosos concretos.

Não se olvide que a função normativa do TSE está adstrita ao exercício de atividade regulamentar, limitada a explicitar a legislação com o fim de facilitar o entendimento ou lhe dar executoriedade.

Por meio da resolução nº 23.308/2010, possivelmente reconhecendo o extrapolamento da sua capacidade normativa, o TSE alterou seu regimento para que o termo resolução ficasse adstrito apenas às decisões de caráter normativo, contudo, o que se observa na prática é que tais decisões têm caráter quase que vinculante, na medida em que, de modo geral, os julgamentos da Justiça Eleitoral não podem ir de encontro a essas resoluções.

3.2 Os limites do poder regulamentar ultrapassados pelo TSE

A prática da Justiça Eleitoral, como veremos, vai de encontro aos limites estabelecidos quando a sua capacidade normativa, ao produzir regras não previstas em lei, exercendo função privativa do Congresso Nacional, inovando a ordem jurídica brasileira. Como dito alhures, reconhecido o poder regulamentar eleitoral, as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral não podem operar contra a lei, nem para além dela, devendo a ela se subordinar.

Embora legislar seja uma atividade privativa do Congresso Nacional, atípica, portanto, à Justiça Eleitoral, muitas vezes o TSE ultrapassa os limites da autorização legal, quando atua na produção de normas, passível de ocorrer tanto no *vacuum legis* em sentido formal, quanto quando o assunto é tratado em resolução na regulamentação de lei e a resolução extrapola o seu conteúdo, inovando o ordenamento jurídico e adentrando em matérias em que não tem autorização para atuar, inclusive com jurisdição constitucional. A teor do Código Eleitoral, não há reconhecimento da lacunosidade da lei.

Essa possibilidade de legislar tem sido usada pela Justiça Eleitoral em situações de destaque no contexto político brasileiro, estabelecendo novas regras eleitorais, exercendo um papel tipicamente político que deveria, *in casu*, ser reservado ao Poder Legislativo. Com base na interpretação extensiva do art. 23, IX do Código Eleitoral, o TSE entende que a norma não contém somente a autorização para regulamentar a lei, “mas emprestar-lhe o sentido que a compatibilize com o sistema no qual se insere”.

A guisa de exemplificação, citamos algumas instruções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral que foram além dos limites da regulamentação, restringindo direitos ou impingindo dano ou lesão não previstos em lei:

1) a Resolução TSE nº 20.993/2002 estabeleceu a chamada verticalização das coligações, a partir de uma ampliação do conceito de circunscrição do pleito. Referido preceito constitucional resultou em diversas discussões iniciadas a partir da expedição dessa Resolução, norma de caráter interpretativo que correlacionou o caráter nacional dos partidos com a “verticalização” das coligações partidárias nas eleições proporcionais de 2002, entendendo-se como “verticalização” o vínculo das coligações nas eleições nos Estados e Municípios, à coligação feita em nível nacional para as eleições presidenciais.

A discussão chegou ao Congresso Nacional que, para evitar novas interpretações, por meio da Emenda Constitucional nº 52/2006, modificou o art. 17, parágrafo 1º da CF, e afastou a interpretação dada pelo TSE.

2) o art. 7º da resolução TSE nº 21.576/2004, que impôs a pena de multa prevista no art. 33, § 3º, da lei nº 9.504/1997, aplicável ao responsável pela divulgação de pesquisa incompleta quando a pesquisa eleitoral não é registrada;

3) a resolução TSE nº 21.702/04, reduziu o número de vereadores, a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, ou seja, sem efeito *erga omnes*. Ao editar referido normativo o TSE extrapolou sua competência tendo em vista que não se limitou a regular os dispositivos insertos no Código Eleitoral, necessários para a fiel execução da lei, mas invadiu a área de competência do Poder Legislativo por ter atuado como verdadeiro reformador da Constituição.

Não é da competência do TSE alterar os critérios de fixação do número de vereadores por município, pois tal inovação normativa somente poderia ser elaborada pelo legislador. A função regulamentar daquela corte está adstrita a edição de atos normativos genéricos sobre matéria eleitoral, com vistas à correta aplicação da lei, não sendo concebível o desfazimento da obra erigida pelo legislador constitucional.

A promoção de edição de normas por órgãos jurisdicionados atenta contra o princípio da tripartição dos poderes e representa um risco injustificável de deterioração da imparcialidade que se exige no exercício da função jurisdicional. Não tem o TSE competência para estabelecer o número de Vereadores nas Câmaras Municipais, pois sua competência restava adstrita ao ano de 1988, nos termos do § 4º, do art. 5º do Ato das Disposições Transitórias. A partir desta data, coube à lei orgânica de cada Município estabelecer o

respectivo número de Vereadores, sempre levando em consideração a proporcionalidade estabelecida no art. 29, IV, da Constituição Federal.

4) a resolução TSE nº 21.823/2004, não normativa, ampliou o conceito de quitação eleitoral, prevendo restrições relativas à inelegibilidade, que produzem efeitos imediatos no exercício dos atos da vida civil do eleitor. A não prestação de contas eleitorais passou a ser prevista nesta resolução, estabelecendo que perderia o mandato o direito a certidão de quitação o candidato que não prestasse contas de campanha.

Destaque-se que a certidão de quitação é obrigatória em várias situações da vida civil do cidadão, como na obtenção de passaporte, recebimento de vencimentos e proventos por parte de servidores públicos, participação em licitação, concorrer em concursos, obtenção de certidão negativa criminal, obter empréstimo em bancos públicos, etc.

5) A lei nº 11.300/2006, foi editada no ano das eleições e desta forma não poderia ter eficácia para o pleito daquele ano, tendo em vista expressa determinação do art. 16 da Constitucional de 88, com a redação dada pela EMC nº 04/1993: "A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano de sua vigência".

O Tribunal Superior Eleitoral extrapolou a sua competência normativa, já que, inclusive, decretou a inconstitucionalidade de norma federal em mero procedimento administrativo visando à regulamentação da lei. Infere-se que a lei nº 11.200/2006 trouxe normas tipicamente de conduta, como as que proíbem a distribuição de brindes e realização de showmícios, que disciplinam condutas eleitoralmente ilícitas que visam aplicar duras sanções, como a cassação do registro ou diploma, como as previstas no art. 30-A.

6) em relação à resolução TSE nº 22.610/2007, o Supremo Tribunal Federal, em março de 2007, ao julgar Mandados de Segurança impetrados por algumas agremiações partidárias, o STF entendeu que o mandato parlamentar pertence ao partido pelo qual foi eleito o parlamentar. Caso o parlamentar troque de partido político durante a legislatura, consideradas de justa causa para a desfiliação, caracteriza ato de infidelidade partidária, e neste caso o interessado pode arguir tal fato perante o Judiciário e reivindicar a vaga no parlamento. A questão é de quem seria a competência para o julgamento, se da Justiça Comum Estadual ou Federal, ou ainda da Justiça Eleitoral.

7) a resolução TSE nº 22.715/2008, que regulamentou a prestação de contas de campanhas eleitorais para aquele ano, previu que a desaprovação da prestação de contas de campanha eleitoral impediria a obtenção da certidão de quitação eleitoral por parte do

candidato, durante o curso do mandato ao qual concorrera. Não se olvide das implicações que acarretam a ausência de quitação eleitoral.

8) na resolução TSE nº 23.376/2012, que versa sobre prestação de contas de campanha, pretendeu o Tribunal Superior Eleitoral inserir por meio de ato normativo a necessidade de aprovação das contas de campanha para que só assim pudesse ser expedida a certidão de quitação eleitoral, uma das condições de elegibilidade e exigência da lei nº 9.504/1997.

§ 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral.

Não parecendo ser bastante expandir o rol de condição de elegibilidade e ainda sem que se fundasse em lei ordinária, conforme determina o art. 14, § 3º, da CF/88, tendia o TSE a fazer com que os efeitos da lei retroagissem para abranger as prestações de contas desaprovadas em 2010, sob a condição de que “tais requisitos são auferidos no momento do registro”, abalando a segurança jurídica das relações decididas na eleição anterior, impasse que só chegou a termo após a Corte Superior Eleitoral acatar pedido de reconsideração formulado por diversos partidos. É possível que o trâmite com urgência de projeto de lei no Congresso Nacional, que resultou por acabar com esse entendimento do TSE, tenha induzido à retratação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início, não há que se falar em restrição legal quanto ao presidente da República regular o processo eleitoral, ao contrário, é atribuição contida no art. 84, IV, da CF/88, norma abrangente que encontra limitação tão somente no texto da lei. Contudo, evidencia-se uma questão muito mais afeta à legitimidade do chefe do Executivo do que de legalidade. Neste sentido, é razoável pensar que a Justiça Eleitoral tenha maior isenção para disciplinar a legislação eleitoral do que o presidente da República, tendo em vista o legítimo interesse político do chefe do Executivo nas eleições, e se por acaso esse fizesse uso do poder regulamentar previsto na CF/88, a sua vinculação político-partidária colocaria em risco a legitimidade das instruções e poderia ferir o princípio da igualdade entre os concorrentes, sustentáculo do Direito Eleitoral.

Por outro lado, persistem questionamentos doutrinários quanto à competência regulamentar da Justiça Eleitoral, sob o argumento de que essa competência não se encontra expressa na Constituição de 1988 e de que seria privativa do presidente da República, não podendo ser delegada.

Contudo, trata-se de questionamentos minoritários e é plausível pensar que a discussão sobre o tema renderia um trabalho acadêmico específico, pelo que, dentro daquilo que se propõe este trabalho, mantivemo-nos nos limites dessa competência, partindo do pressuposto de que houve a recepção do Código Eleitoral pela CF/88. Ademais de ser aceita pela maioria esmagadora dos juristas, políticos e população em geral, chegando a parecer inerente à própria história da Justiça Eleitoral, não resta dúvidas de que, mesmo não positivado no texto Constitucional, esse é o pensamento da sociedade brasileira, em última análise a quem os três poderes estão subordinados.

Não se olvide, contudo, que a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral está adstrita ao exercício de atividade regulamentar, limitada a explicitar a legislação com o fim de facilitar o entendimento ou lhe dar executoriedade nos assuntos afetos às eleições, não podendo as instruções inovar a ordem jurídica e criar direitos e obrigações, sob pena de invalidação.

Em conformidade com a doutrina referendada pelo Supremo Tribunal Federal, a regra é de que o poder regulamentar está limitado à execução da lei e à explicitação de conceitos legais, exceção possível somente quanto à edição de regulamentos autônomos, especialmente quando versarem sobre a organização e funcionamento da Administração.

Na prática o que se observa é que nem sempre os limites legais impostos são respeitados pela Justiça Eleitoral, que produz regras não previstas em lei, instrumentada em resoluções e consultas, longe da seara do Congresso Nacional, o que demonstra uma crescente autonomia do TSE quanto aos temas eleitorais, ferindo a Constituição e os princípios democráticos, por inovar a ordem jurídica brasileira. Como dito alhures, reconhecido o poder regulamentar eleitoral, as resoluções do TSE não podem operar contra a lei, nem para além dela, devendo a ela se subordinar.

Assemelhadas aos decretos originários do Executivo, instrumento que faz uso o presidente da República ao exercer a sua função de regulamentar as leis emanadas do Poder Legislativo, às resoluções expedidas pela Justiça Eleitoral é vedado, do mesmo modo, criar direitos e obrigações ao arrepio da lei ou da Constituição, ou inovar o ordenamento jurídico, função típica do Poder Legislativo, devendo preponderar o sistema de hierarquia das normas, segundo o qual os regulamentos, resoluções, portarias, circulares, subordinam-se à lei.

Observa-se que o TSE tem se manifestado interpretando a competência pelo art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral extensivamente, e considera que o permissivo abrange não apenas o poder de regulamentar, “mas emprestar-lhe o sentido que a compatibilize com o sistema no qual se insere”.

Ocorre que a interpretação sistemática da lei é conveniente e desejada no caso concreto, quando o Poder Judiciário for demandado a se manifestar como forma de solução de litígios de natureza eleitoral, em face de dispositivos pré-existentes. Contudo, fixar uma interpretação uniforme, para todos os casos semelhantes, como se se tratasse de norma geral e não de entendimento, só poderia ocorrer, excepcionalmente, nos casos abarcados pela lei eleitoral, restrito aos dispositivos contidos no Código Eleitoral, na lei nº 9.504/1997 e na lei nº 9.096/1995.

A manutenção do poder regulamentar atribuído à Justiça Eleitoral, além de ser uma realidade concretizada no contexto nacional, chegando a parecer inerente à sua própria existência, mostra-se conveniente, notadamente diante da nossa realidade democrática que ainda tenta se firmar no Brasil, tendo em vista que tem demonstrado ser um importante de aperfeiçoamento da organização das eleições.

Contudo, a faculdade regulamentar do Poder Judiciário, concretizada pelo TSE não pode ser alargada à sua conveniência, porque tem como ponto focal a execução da lei eleitoral, de modo que a prevalência dos regulamentos pressupõe a sua legalidade ou constitucionalidade e quanto às leis devem estar conforme a Constituição, de tal modo que o TSE pode negar aplicação às leis e regulamentos a que falem esses pressupostos.

Ademais, embora indesejável o *vacum legis*, até que sobrevenha legislação pertinente não se concebe a possibilidade do Judiciário atuar como legislador e inovar a lei, por meio de critérios próprios, sob pena de invadir a área de competência do Poder Legislativo e atuar como verdadeiro reformador da Constituição.

A expressão “expedir normas que julgar convenientes à execução deste Código (Eleitoral), contida no inciso IX do artigo 23 da lei nº 4.737/1965, bem como aquela contida no *caput* da lei nº 9.504/1997, qual seja, “poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução (execução da referida lei)”, são bastante largas e imprecisas, notadamente quando isolamos os termos “todas as instruções necessárias” e “que julgar convenientes”.

Nesse contexto tão abrangente, não se pode fazer uma interpretação gramatical das citadas normas, mais obrigatoriamente uma interpretação sistemática, sob pena de autorização de que um poder possa se intrometer na jurisdição do outro, atingindo a separação dos poderes em sua harmonia.

A limitação do poder pelo próprio poder, segundo o Sistema de Freios e Contrapesos, pretende fazer com que ele perca a concentração e deixe de ser absoluto, não sendo conveniente que os mesmos que detêm o poder de legislar tenham também o poder de executar as leis.

As resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral guardam força de lei em sentido material, conforme reconhece o Supremo Tribunal Federal, a ponto de admitir a sua impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, não há como conceber que o poder normativo reconhecido à Justiça Eleitoral seja superior àquele que fora atribuído ao presidente da República, por força do artigo 84 da norma Constitucional.

Desta forma, a criação de regras não respaldadas em lei por meio de resolução normativa, incluem-se aqui aquelas advindas de consultas, são verdadeiras produções de normas externas ao Poder Legislativo, ultrapassando os limites reconhecidos à Justiça Eleitoral, quais sejam, regulamentar as normas nos limites da explicitação da legislação, de modo a facilitar o seu entendimento ou mesmo possibilitar a sua fiel execução, limitada a JE à regulamentação das normas afetas ao processo eleitoral.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual do Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Exemplo de judicialização na atuação do tribunal judicial eleitoral**. In AGRA, Walber de Moura; Walber de Moura; BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes (Coordenadores). **Prismas do direito eleitoral: 80 anos do Tribunal Eleitoral de Pernambuco**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes (Coordenadores). **Prismas do direito eleitoral: 80 anos do Tribunal Eleitoral de Pernambuco**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 10. Ed. Brasília: TSE, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 10. Ed. Brasília: TSE, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre os partidos políticos, regulamenta os arts 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 10. Ed. Brasília: TSE, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 10. Ed. Brasília: TSE, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Constituição Federal. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 10. Ed. Brasília: TSE, Secretaria de Gestão da Informação, 2012.

BRASIL. **Resolução TSE nº 21.823, de 15 de junho de 2004**. Quitação eleitoral. Abrangência. Pleno gozo dos direitos políticos. Exercício do voto. Atendimento à convocação para trabalhos eleitorais. Inexistência de multas pendentes. Prestação de contas de campanha. Registro de sanções pecuniárias de natureza administrativa previstas no Código Eleitoral e na lei nº 9.504/97. Pagamento de multas em qualquer juízo eleitoral. Aplicação analógica do art. 11 do Código Eleitoral. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia> >. acesso em 10 de mai. 2014.

BRASIL. **Resolução TSE nº 23.217, de 2 de março de 2010**. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas nas eleições de 2010. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia> >. acesso em 10 de mai. 2014.

BRASIL. **Resolução TSE nº 23.373, de 14 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2012. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia> >. acesso em 11 de mai. 2014.

BRASIL. **Resolução TSE nº 23.376, de 1º de março de 2012**. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas nas eleições municipais de 2012. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia> >. acesso em 11 de mai. 2014.

BRASIL. **Resolução TSE nº 23.382, de 28 de junho de 2012**. Altera a Resolução TSE nº 23.376, de 1º de março de 2012, e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia> >. acesso em 11 de mai. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 909.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª edição. São Paulo, Atlas. 2011.

GOMES, José Jairo. **Privação de direitos políticos**. In: AGRA, Walber de Moura;

JARDIM, Torquato. Processo e Justiça Eleitoral: **introdução ao sistema eleitoral brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 30, n. 119, jul./set. 1993.

LACERDA, Paulo José M. Lacerda; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix. **O poder normativo da Justiça Eleitoral**. João Pessoa: Sal da Terra, 2004.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LIMA, Sídia Maria Porto. **O ativismo judicial e a criação de normas jurídicas pelo poder judiciário nacional**: um estudo da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2006. In: Revista do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, dez 2006.

Meirelles, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 35. edição, Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PIZZOLATTI, Rômulo. **A competência da Justiça Eleitoral**. Resenha Eleitoral: nova série. Florianópolis, v. 5, n. 1, jan./jun. 1998.

SADEK, Maria Tereza. (1995), **A justiça Eleitoral e a Consolidação da Democracia no Brasil**. São Paulo: Konrad Adenauer.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Elementos de Direito Eleitoral** / Carlos Mário da Silva Veloso, Walber de Moura Agra. – 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.