



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO CONSTITUCIONAL

EDMILSON BARBOSA FRANCELINO FILHO

A JUSTIÇA ELEITORAL NO BRASIL

FORTALEZA  
2007

EDMILSON BARBOSA FRANCELINO FILHO

## A JUSTIÇA ELEITORAL NO BRASIL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito Público. Área de Concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr<sup>o</sup> (a): Fernando Basto Ferraz

FORTALEZA  
2007

F815j

Francelino Filho Edmilson Barbosa.

A Justiça eleitoral no Brasil. / Edmilson Barbosa  
Francelino Filho. -----, Fortaleza-Ceará, 2007.  
91p.

Dissertação – Universidade Federal do Ceará.  
Curso de Mestrado em Direito Público. Área de Concentração  
– Direito Constitucional: Ordem Jurídico Constitucional.

Orientador: Fernando Basto Ferraz

1. Direito Eleitoral - Brasil 2. Justiça Eleitoral I Título.

CDU – 341.9

EDMILSON BARBOSA FRANCELINO FILHO

A JUSTIÇA ELEITORAL NO BRASIL

Dissertação submetida à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a  
obtenção do Grau de Mestre em Direito Público.

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor pela PUC-SP (Orientador)  
Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito da UFC  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr Paulo Lopo Saraiva (Examinador 1)  
Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa  
Universidade Potiguar (UnP)

---

Prof. Dr. Francisco Régis Frota (Examinador 2)  
Doutor pela Universidade de Salamanca, na Espanha  
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC

## *Dedicatória*

*Dedico esta dissertação de mestrado, aos professores, alunos e funcionários da centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, que, num esforço quase anônimo e inconsciente solidificam o que existe de mais importante em uma Academia de Direito, a Tradição. Da mesma forma, dedico essa produção acadêmica a meus pais, Edmilson e Anamélia, e meus avós, Adaauto e Naninha, os quais representam para mim aquilo que existe de mais forte na formação de um Homem, o caráter – traço inconfundivelmente marcante de nossas raízes sertanejas. À Ayla e Antonio Paraguassú, que me acolheram no início de minha caminhada, tratando-me como se fosse um irmão, um filho, e pela esperança que depositaram em mim. Com igual desejo, quero dedicar essa modesta obra intelectual a todos os que não perderam a capacidade de se indignar, os que lutam por uma vida digna, mais humana, mais ética e mais fraterna, na esperança de que ela tenha uma utilidade social.*

## AGRADECIMENTOS

*Devo muito dessa pesquisa às horas em que passei debatendo Direito Constitucional e Política com o Prof. Dimas Macedo, meu mestre e amigo de todas as horas. Igualmente, não poderia deixar de expressar minha gratidão pelo meu orientador Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz, de quem também fui orientando na graduação, por ocasião do exercício da monitoria da disciplina de Ciência Política. À minha mulher Juliana, pela paciência e compreensão que foram imprescindíveis durante a gestação dessa dissertação, e pelo amor que me dedica. À minha grande amiga, Katherine Vieira, pela amizade e carinho com que me presenteou ao longo do curso de Mestrado.*

*“Na realidade, o que houve foi um equacionamento teleológico, estando a Justiça Eleitoral munida de diferentes tipos de competências adaptadas às mais variadas circunstâncias. Significa dizer que cada aspecto contemplado na escala de competência da Justiça Eleitoral possui polivalentes potencialidades, legiferativas, administrativas ou jurisdicionais, em conformidade com as circunstâncias a enfrentar.”*  
(Fávila Ribeiro)

*“O Direito é um caso particular da Política.”*  
(Friedrich Müller)

## RESUMO

Estudar a jurisdição eleitoral no Brasil, sua origem, estrutura, competência, composição e atributos, à luz de nossa ordem jurídico-constitucional, foi a finalidade desta dissertação de Mestrado. Aferiu-se, portanto, que a concepção de um órgão estatal isento e equidistante da classe política constituiu a razão de ser da criação da Justiça Eleitoral, enquanto ramo do poder judiciário especializado, e de funcionamento permanente, com a missão de cuidar de todas as fases do processo eleitoral. Fincada em uma opção política feita pelas Constituições brasileiras, a partir de 1930, a Justiça Eleitoral é uma justiça ímpar em nossa ordem jurídica, uma vez que também possui funções atípicas em relação à função essencialmente judicante das outras justiças pátrias. A coordenação das fases nitidamente administrativas do processo eleitoral, ao encargo da Justiça Eleitoral, impôs ao nosso legislador constitucional e infraconstitucional a necessidade de organizar, compor e aparelhar a Justiça Eleitoral com institutos capazes de garantir um resultado eleitoral sem interferências do Legislativo e do Executivo. Analisar, nesse passo, a feição jurídica de institutos como o poder de polícia, o poder regulamentar e a função consultiva da Justiça Eleitoral foram etapas imprescindíveis para concluir o quão *sui generis* é o exercício da jurisdição em matéria eleitoral, já que a depender da circunstância a que estiver sendo submetida, a Justiça Eleitoral possui potencialidades legiferarivas, administrativas ou jurisdicionais. Essa constatação é feita no curso deste trabalho, com apoio em doutrina prestigiosa e da jurisprudência hodierna, bem como é revelada pela ação dos nossos legisladores, que, de quando em vez, tenta se insurgir contra a ação pró-ativa do judiciário eleitoral no sentido de cumprir suas finalidades.

**Palavras-Chaves:** Justiça Eleitoral Brasileira. Origem. Estrutura. Competência. Composição. Atributos.



## ABSTRACT

Estudiar la jurisdicción electoral en Brasil, su origen, estructura, competencia, composición e atribuciones, a la luz de nuestra orden jurídica-constitucional, fué la finalidad de esta disertación de Doctorado. Se estimó por lo tanto que la concepción de un órgano estatal exento y equidistante de la clase política constituyó la razón de ser la creación de la Justicia Electoral, en quanto ramo de poder judicial especializado, y de funcionamiento permanente, con la misión de cuidar de todas las fases del proceso electoral. Fijada en una opción política hecha por las Constituciones Brasileñas, a partir de 1930, la Justicia Electoral es una justicia singular en nuestra orden jurídica, porque también posee funciones atípicas con relación a la función esencialmente judicante de otras justicias patrias. La coordinación de fases nítidamente administrativas del proceso electoral, al encargo de la Justicia electoral, impuso a nuestro legislador constitucional e infra-constitucional la necesidad de organizar, componer aparejar la Justicia Electoral con institutos capaces de garantizar un resultado electoral sin interferencias del Legislativo y del Ejecutivo. Analizar, en ese paso la forma jurídica de institutos como el poder de policía, el poder reglamentar y la función consultiva de la Justicia Electoral, fueron etapas imprescindibles para concluir el cuan extraño en su genero y el ejercicio de la jurisdicción en materia electoral, ya que depender de la circunstancia a esté siendo sometida, la Justicia Electoral posee potencialidad legiferante, administrativa o jurisdiccional. Esa confirmación es hecha en el curso de este trabajo, con apoyo en doctrina prestigiosa e de la jurisprudencia hodierna, como así también es revelada por la acción de nuestros legisladores que de vez en cuando, intenta insurgirse contra la acción proactiva del judicial electoral en el sentido cumplir sus finalidades.

**Keywords:** Justicia Electoral Brasileña. Origen. Estructura. Competencia. Composición. Atribuciones.

## SUMÁRIO

1	Introdução .....	10
2	Histórico .....	13
3	Composição .....	23
4	Competência .....	28
5	Atributos .....	37
6	Poder de Polícia em Matéria Eleitoral .....	40
7	Poder Cautelar da Justiça Eleitoral .....	44
8	Função Consultiva .....	46
9	Poder Regulamentar .....	49
10	Conclusão .....	87
11	Referências .....	91

## 1 Introdução

Há mais de sete décadas, a função de exercer a jurisdição nas questões relativas ao direito eleitoral, no ordenamento jurídico brasileiro, cabe a um ramo do Poder Judiciário denominado ‘Justiça Eleitoral’. Ao contrário de outros países, cuja tradição constitucional acabou por delegar a missão de julgar os conflitos decorrentes das eleições, a órgãos como o Legislativo, ou o Executivo, através de autarquias especiais ou agências eleitorais, o Brasil tem optado politicamente pelo Poder Judiciário como aplicador e intérprete final da legislação eleitoral.

Ao almejar uma instituição equidistante do chamado “jogo político”, nossos constituintes têm se norteado, desde a Constituição de 1934, pelo Poder Judiciário, enquanto órgão do Estado capaz de trazer equilíbrio e segurança aos destinatários da norma de direito eleitoral. Dotada, portanto, da excelsa missão de conduzir os processos eleitorais a resultados imparciais, disciplinando os comportamentos de governantes e governados, a Justiça Eleitoral constitui-se como portadora da mais importante função em uma Democracia, qual seja, a de dizer a última palavra em termos da aplicação das regras que cuidam da representação popular.

Em nossa cultura jurídica, apesar da grandeza dos temas que lhe são ínsitos, a Justiça Eleitoral tem sido relegada a uma importância secundária, provocada pela pouca tradição de pesquisa sobre nossas instituições políticas e pela inapetência dos currículos das faculdades de direito que, quase nunca, adotam a disciplina de Direito Eleitoral como disciplina obrigatória, criando-se, assim, infelizmente, um ambiente favorável à ignorância - inclusive entre os operadores do direito – em relação ao funcionamento da Justiça Eleitoral e da função social que ela desempenha.

O desconhecimento, portanto, quase que generalizado, das nuances atinentes à Justiça Eleitoral, alcança inclusive juristas de nomeada, conforme tivemos a oportunidade de constatar ao longo de algumas entrevistas realizadas no curso de nossa pesquisa, o que, para nós, somente evidenciou a necessidade de trazer a lume um texto capaz de subsidiar outros curiosos na seara do direito eleitoral, a fim de conhecer a engrenagem que processa toda a vontade popular em nosso país.

A par de sua natureza ambivalente, de dizer o direito nos conflitos regulados pelo direito eleitoral e de funcionar como órgão administrador das eleições no Brasil, a Justiça Eleitoral merece de todos os cidadãos, e, sobretudo dos pesquisadores em direito constitucional, uma especial atenção, a fim de conhecer e delinear seu peculiar funcionamento, afinal como já disse o jurista Djalma Pinto: “A Justiça Eleitoral é a porta de entrada da Democracia”.

Dotada de marcantes especificidades, a Justiça Eleitoral singulariza-se das demais Justiças Nacionais, pela sua especialidade, pela sua composição eclética, pelas suas atribuições *sui generis*. Voltada para a resolução de conflitos que envolvem a representação política no Estado Brasileiro e o exercício popular do direito ao sufrágio, esse segmento do judiciário constitui-se em uma justiça especializada, composta por magistrados recrutados de outras justiças, por juristas, e até mesmo de juízes leigos (membros das Juntas Eleitorais), temporariamente investidos na missão de exercer a jurisdição.

A função normativa, de regulamentar as leis eleitorais e preencher suas lacunas até o advento da norma emanada do processo legiferante convencional, e consultiva, de esclarecer o sentido de normas eleitorais - inclusive as de dignidade constitucional - são a demonstração cabal de que a Justiça Eleitoral não possui par dentre todos os ramos do Poder Judiciário. A nenhum outro órgão jurisdicional são atribuídas funções tão marcantes quanto essas duas que ajudam a distinguir a Justiça Eleitoral no organograma do judiciário nacional.

É a única Justiça brasileira que possui juízes do Supremo Tribunal Federal em seus quadros e a única que recebe, também de acordo com a Lei Maior, a positivação do princípio da irrecorribilidade das decisões de seu Tribunal Superior respectivo, qual seja o Tribunal Superior Eleitoral, cujas decisões repercutem diretamente no dia-a-dia do mundo político, na medida em que regulamenta preceitos legislativos e constitucionais que dizem respeito às consultas populares.

Percorrer, estudar e sistematizar, portanto, toda a positivação relativa à Justiça Eleitoral na ordem jurídico-constitucional brasileira, foi a pretensão primeira desta modesta dissertação de mestrado, o que se buscou fazer, analisando o conjunto de regras e princípios constitucionais que presidem a estruturação desse ramo do poder judiciário, tendo sempre considerado, para tanto, a

teoria material da Constituição, que, exime de qualquer dúvida, deve conduzir qualquer pesquisa na seara do direito constitucional.

Ademais, convém mencionar que a escolha desta proposta de pesquisa foi fruto de um processo gradativo de descoberta e envolvimento com a jurisdição eleitoral, escolha esta que tem raízes em nossos primeiros estudos de Ciência Política – ainda no primeiro semestre do curso de graduação, por meio das mãos fraternais do Prof. Fernando Basto Ferraz, insigne colaborador desta dissertação –, ganhando corpo com minha militância na advocacia eleitoral, até me convencer, já no curso de mestrado, e também por ocasião do exercício do magistério superior, que devia escrever sobre o tema.

Se conseguimos dissecar, ainda que não totalmente, a estrutura jurídico-constitucional da Justiça Eleitoral brasileira, apontando-lhe os princípios regentes, bem como pontilhando suas atribuições, então, creio que me desincumbi do ônus de produzir um texto, em nível de dissertação de mestrado, capaz de selar esses anos de estudo sobre o assunto.

## 2 Histórico

A Justiça Eleitoral, enquanto órgão próprio do Estado, com finalidade de conduzir o processo eleitoral e exercer a jurisdição para conflitos decorrentes da interpretação e aplicação das leis eleitorais, é uma criação do Movimento Político-Militar de 1930. Em verdade, a idéia de delegar ao Poder Judiciário a missão de tutelar o processo eleitoral, bem como garantir sua efetividade, decorreu de uma reivindicação política das classes sociais urbanas das primeiras décadas do século passado, tendo sido uma das causas inspiradoras do chamado “Tenentismo”.

Entre as aspirações dos jovens oficiais do Exército Brasileiro daquela época, estava a criação de uma estrutura de poder dotada de imparcialidade e capaz de dar ao país eleições sérias, ou seja, criar uma instituição apta a coibir os abusos de poder político e econômico, distante da realidade de então, onde sempre prevaleciam a fraude, a corrupção e o uso da máquina administrativa. Esses argumentos foram, portanto, absorvidos pelas forças políticas que alçaram Getúlio Vargas ao poder, em 1930.

A criação de uma Justiça especializada em matérias eleitorais deu-se por meio do Decreto n.º 21.076, de 24 de janeiro de 1932, mesmo diploma que estabeleceu o voto universal, secreto e obrigatório, e criou o denominado Código Eleitoral de 1932<sup>1</sup>, considerado pela maior parte da doutrina como sendo nosso primeiro Código Eleitoral<sup>2</sup>.

A Constituição de 1934 foi a primeira a constitucionalizar o assunto, incluindo a Justiça Eleitoral como um dos órgãos do Poder Judiciário, com competência privativa para dirigir as eleições federais, estaduais e municipais, possuindo jurisdição a partir do alistamento dos eleitores até a proclamação dos eleitos.

Bem antes disso, no Império, o processo eleitoral era deveras complexo, envolvendo agentes de vários poderes do Estado, inclusive autoridades eclesiásticas. Pela Lei Eleitoral de 20 de Outubro de 1875, por exemplo, existiam as juntas paroquiais de qualificação, encarregadas de

---

<sup>1</sup> Conforme informa Thales Tácito Cerqueira, em seu **Direito eleitoral brasileiro**, Del Rey: Belo Horizonte, 2004, p. 110.

<sup>2</sup> Há quem defenda, como Manoel Rodrigues Ferreira, que o Título 67 do Livro Primeiro das Ordenações do Reino, datadas de 1603, pode ser considerado nosso primeiro Código Eleitoral, pois se prestou a disciplinar as eleições para cargos eletivos municipais, tendo vigência até 1828, conforme sustenta em **A Evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 42.

formar as listas de eleitores em cada Paróquia, tratando-se de um órgão colegiado formado por cidadãos e pelo Juiz de Paz, este geralmente um leigo versado em leis, também eleito pelo povo<sup>3</sup>. Ainda pelas leis do Império, essas juntas paroquiais, presididas por um Juiz de Paz, submetiam seus trabalhos às juntas municipais, presididas por um Juiz Municipal, em colegiado com outros cidadãos, as quais detinham competência exercer a jurisdição em matéria de alistamento<sup>4</sup>.

Segundo Manoel Rodrigues Ferreira aquele diploma legal representou um marco em nossa trajetória institucional, porquanto:

Pela primeira vez, (a Lei) atribuiu importantes tarefas à Justiça, a quem encarregou de dirimir dúvidas, fazer cumprir dispositivos eleitorais, julgar recursos, etc. não era como se poderá supor, a criação de uma Justiça Eleitoral, mas sim a atribuição a Justiça comum de importantes encargos. Aos juízes de Direito passaram a caber importantes atribuições<sup>5</sup>.

Ainda, no Império, a partir da Lei Eleitoral de 9 de janeiro de 1881, chamada de Lei Saraiva, a intervenção do judiciário no processo eleitoral acentuou-se, uma vez que deu competência ao Juiz de Direito para disciplinar sobre alistamento e expedição do título de eleitor. Nesse sentido, o Decreto n.º 7.981, de 29 de janeiro de 1881, regulamentando a referida lei, dispôs que os serviços eleitorais preferem a qualquer outro serviço estatal.

Aquela época não era incomum, o exercício de funções consultivas em matéria eleitoral da parte dos Ministros do Império, mormente do Ministro da Justiça<sup>6</sup>, ao contrário do que ocorre atualmente, como se verá adiante, onde o judiciário eleitoral encerra a função de responder às consultas sobre a legislação eleitoral.

Nos primeiros ares de República, os processos de qualificação eleitoral retornam novamente a esfera de poder executivo, porquanto a primeira lei eleitoral republicana, qual seja, o

---

<sup>3</sup> Conforme Manoel Rodrigues Ferreira, Op. cit. p. 226.

<sup>4</sup> Das decisões das juntas municipais cabia recurso para o Juiz de Direito, e a seguir, para o Tribunal de Relações da Província.

<sup>5</sup> Segundo dizia o § 30 dessa Lei: O juiz de Direito e o funcionário competente para conhecer da validade ou nulidade da eleição de juiz de paz e vereadores das câmaras municipais, mas não poderá fazê-lo senão por via de reclamação, que devera ser apresentada dentro do prazo de 30 dias, contados do dia da apuração.

<sup>6</sup> Conforme Manoel Rodrigues Ferreira, idem, p. 279-280.

Decreto do Governo Provisório n.º 200-A dispunha que prepostos do governo, tais como delegados de polícia, se encarregariam dessa fase do processo eleitoral.

Quanto à fase de votação e fiscalização nos pleitos, também esta primeira fase da República fez retroceder a linha de isenção dos agentes públicos envolvidos com a eleição, já que pela Lei Eleitoral de 26 de janeiro de 1892, as mesas eleitorais eram nomeadas pelos presidentes das câmaras municipais, da mesma maneira que as comissões seccionais e municipais de alistamento. Ou seja, era a própria classe política quem organizava as listas de eleitores, bem como nomeava aqueles que dirigiam o processo de votação<sup>7</sup>.

Desta forma, pode-se perceber que os processos eleitorais empreendidos pela República em suas primeiras décadas foram bastante controvertidos, de modo que, na maioria das vezes essas eleições deram-se eivadas de vícios, o que despertou a revolta de segmentos sociais que mais adiante se aglutinaram em torno na figura de Getúlio Vargas.

Como registra a historiografia, nos primórdios da República brasileira as eleições não passavam de competições para ver qual dos grupos concorrentes era o mais forte e soberbo na arte de fraudar um resultado capaz de satisfazer aos interesses de oligarquias, num país tipicamente rural e sem a presença de boa parte das instituições republicanas em seus interiores.

Naquela época, os certames eleitorais eram aquilo que se convencionou chamar de eleições “bico-de-pena”. Isto, porquanto, quem se dignasse verificar, ao final dos trabalhos de

---

<sup>7</sup> Registrando severas críticas a política legislativa da primeira fase da República, Manoel Rodrigues Ferreira, Op. cit. p.322:

Durante 67 anos, os estadistas do Império esforçaram-se por dotar o país de uma legislação eleitoral que exprimisse a Justiça e a eficácia. Essa lei surgiu finalmente em 9 de janeiro de 1881, sob o nome de Lei Saraiva, e pela qual a Justiça, a magistratura, era entregue, praticamente, o verdadeiro processo eleitoral. A República anulou essa conquista do povo brasileiro, e para poder garantir-se nas primeiras eleições, o Governo substituiu a Justiça pela polícia e seus agentes. Inaugurava-se a República com o pior exemplo que poderia ser dado ao país, exemplo que frutificaria com o passar dos anos.

[...]

Proclamada a República, a Constituição de 1891 dispunha em seu art. 34 que competia privativamente ao Congresso Nacional “regular as condições e o processo da eleição para os cargos federais em todo o país”. E o art.66 dizia: “É facultado aos Estados [...] em geral todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição”.

E ver que aqueles arts. 34 e 66 permitiam aos estados legislar em matéria eleitoral, desde que concernente unicamente as eleições para os cargos eletivos estaduais e municipais. Foi, na realidade, o que aconteceu. Cada estado, além da sua própria Constituição (que não possuía no Império), teria sua própria legislação eleitoral (que não havia, também no Império).



votação, as assinaturas dos eleitores participantes do pleito, quase que irremediavelmente constataria uma forte semelhança na caligrafia constante da ata de votantes. Esses ardis eram favorecidos pelo sistema eleitoral em voga, no qual inexistia voto secreto e somente 5% da população participavam do processo eleitoral<sup>8</sup>, de forma que ganhar uma eleição sem o apoio do Governo era tangenciar o impossível, representando, sobretudo, um gesto de força física.

Além disso, nos Estados, as eleições para as Assembléias Legislativas estavam condicionadas a uma Instituição chamada de “Comissão de Verificação”, por meio da qual os próprios deputados já investidos em mandatos, mesmo após o resultado das urnas, poderiam invalidar a eleição de candidatos vitoriosos. Essa famigerada criação da “Política dos Governadores”, que ficou conhecida como “degola”, consistia em atribuir competência ao poder legislativo para a proclamação dos eleitos<sup>9</sup>.

Desta forma, é certo afirmar que, a criação do Código Eleitoral de 1932 e o advento da Constituição de 1934 criaram um novo estágio para a jurisdição eleitoral, afigurando-se tais diplomas como as normas responsáveis pelo formato até hoje assumido pela Justiça Eleitoral em nosso país.

Contudo, toda essa disposição jurídica findou com a Constituição de 1937, Carta Política que reservou para jurisdição eleitoral uma época sombria. Com o Estado Novo extinguiu-se a Justiça Eleitoral, bem como se proibiu as eleições, importando ressaltar que nessa ordem autoritária, a competência para legislar sobre matéria eleitoral, em qualquer nível, permaneceu sob o crivo privativo da União.

Com a Constituição de 1946, reencontrou o Brasil uma nova ordem democrática, reeditando a Justiça Eleitoral como integrante do Poder Judiciário, com a mesma organização dada pela Constituição Federal de 1934, o que seria, em linhas gerais, reproduzida, nas Constituições de 1967, 1969 e 1988.

---

<sup>8</sup> Apenas homens maiores de 21 anos, alfabetizados, votavam. Nem clérigos, nem praças (militares de baixa patente), nem mulheres e nem analfabetos tinham direito ao voto.

<sup>9</sup> Segundo Aroldo Mota, em sua **Historia Política do Ceara 1889-1930**. 2.ed. Fortaleza: ABC Editora, 1999, p.82. República dos Governadores ou Política dos Governadores consistia em uma engenharia política criada pelo Presidente Campos Sales, para garantir a manutenção do poder federal em nível estadual, utilizando, igualmente, de expedientes oligárquicos como, por exemplo, o Coronelismo. Nesse sentido, também *Os Donos do Poder*, de Raimundo Faoro.

Essa estrutura constitucional fortaleceu a opção política por uma Justiça Eleitoral vinculada ao Poder Judiciário, consolidando a tradição de uma jurisdição eleitoral baseada na doutrina tripartite de Montesquieu, prestigiando-se, portanto, esse dogma do liberalismo clássico, que, até hoje persiste fincado na idéia, segundo a qual há de haver três órgãos estatais, independentes e autônomos, impenetráveis entre si, desenvolvendo as funções distintas de executar, legislar e julgar, de acordo com a célebre citação:

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é esta tranquilidade de espírito que provem da opinião que cada um possui de sua segurança: e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar das resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos<sup>10</sup>.

Hodiernamente, esse sentido dado por Montesquieu foi muito bem percebido pela análise de Dimas Macedo, segundo o qual:

A divisão do poder como forma de conter o arbítrio do próprio poder foi esta a solução encontrada pelo filósofo para servir de esteio à salvaguarda da liberdade e ao extermínio da opressão. [...], o que interessa a Montesquieu é conter o poder pelo próprio poder, através do apelo à necessidade de se estabelecer as suas funções nos limites traçados pela idéia de ordenação social.<sup>11</sup>

Todavia, com a evolução dos cânones do direito constitucional, essa interpretação clássica de separação de poderes cedeu lugar à idéia de que esses denominados poderes estatais

<sup>10</sup> **Do Espírito das leis**, 2.ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 148-149.

<sup>11</sup> **Política e constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. p.166.

são, em verdade, funções públicas essenciais que se encontram atribuídas a órgãos do Estado com missões precípuas de: administrar, legislar e de dizer o direito na sociedade. Aliás, essa técnica de controle do poder estatal não pode contrariar o fato de que o poder político é uno e indivisível, sendo, portanto, a idéia de divisão de “poderes” muito mais uma noção didática de separação das funções públicas<sup>12</sup> do que propriamente uma teoria científica.

A erudição de Karl Loewenstein, analisando sobre a teoria da separação de poderes, ensina que:

O que na realidade significa a assim chamada “separação de poderes”, não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – e que, por outro lado, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o telos ideológico da teoria da separação de poderes. A separação de poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político. O que, correntemente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como separação de poderes, é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de “poderes” apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa<sup>13</sup>.

Sendo assim, a intelecção já superada de que cada poder estatal deve desempenhar funções rígidas e impenetráveis acaba sendo mitigada no campo da teoria constitucional material, dando espaço a uma nova hermenêutica constitucional que requer novas competências para interpretar a norma constitucional<sup>14</sup>. Outrossim, a sistemática da Constituição Federal vigente demonstra essa realidade, pois mesmo o intérprete precipitado, que analisar gramatical e

---

<sup>12</sup> Ou como soe dizer José de Albuquerque Rocha, grande estudioso do assunto, em sua obra **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 12-13: “De fato, aquilo que denominamos “divisão de poderes” não passa de um processo técnico de divisão do trabalho entre os órgãos do Estado. E as “funções estatais”, como vimos, não são nada mais do que modos de atuação ou exercício do poder do Estado, que é substancialmente unitário. Por conseguinte, a “divisão de poderes”, na verdade, é divisão de órgãos, ou separação relativa de órgãos, para exercitarem as distintas funções do Estado. Uma coisa é o poder do Estado, uno e indivisível, outra coisa é a diversidade de funções com a correspondente diversidade de órgãos preordenados ao seu exercício. Concluindo e resumindo: a separação de poderes é uma técnica para distribuir funções distintas entre órgãos relativamente separados.”

<sup>13</sup> Apud André Rodrigues Cyrino. **O Poder regulamentar autônomo do presidente da república**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 39.

<sup>14</sup> Conforme bem lembrou Fernando Ferraz. **Terceirização e outra forma de flexibilização do trabalho** São Paulo: LTr, 2006. p. 42, citando Konrad Hesse: “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas. Assim, ensinam-nos não apenas os políticos, mas também os juristas. “Tal como ressaltado pela grande doutrina, ainda não apreciada devidamente em todos os seus aspectos – afirma Georg Jellinek quarenta anos mais tarde –, o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente, a divisão dos poderes políticos.”

pontualmente o art. 2º da Lei Maior<sup>15</sup>, há de reconhecer no sistema escolhido em 1988 uma conclusão em contrário.

Assim, por exemplo, o Poder Executivo exerce funções legislativas quando: impulsiona o processo legiferante (art. 84, III, CF/88), propondo a iniciativa de projetos de lei; edita medidas provisórias, com força de lei (art. 84, XXVI, CF/88); sanciona, promulga e veta leis (art. 84, IV, CF/88). Na mesma sistemática, o Executivo exerce função judicial quando comuta penas e concede indulto (art. 84, XII, CF/88).

De modo similar, o Poder Legislativo exerce função judicial quando: processa e julga o Presidente e o Vice-Presidente, nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, nos crimes de mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I, CF/88); processa e julga os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II, CF/88); julga anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República (art. 49, IX, CF/88). Bem como, exerce função administrativa, quando dispõe sobre a organização, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços (art. 51, IV e 52, XII, CF/88).

O Poder Judiciário, por sua vez, exerce competência administrativa quando: organiza suas secretarias (art. 96, I, b, CF/88); provê os cargos de juiz de carreira (art. 96, I, c, CF/88) e os cargos necessários à administração da Justiça (art. 96, I, e, CF/88); concede licenças, férias e outros afastamentos aos membros do Tribunal e aos Juizes e servidores que lhe forem imediatamente vinculados (art. 96, I, f, CF/88).

Embora haja inegavelmente a primazia no desempenho de funções ínsitas a o Poder Judiciário, este órgão estatal exerce função legislativa quando tem a iniciativa de leis (art. 96, II, CF/88); declara a inconstitucionalidade de leis<sup>16</sup> (art. 97 e 102, I, a, CF/88) e impõe sentença normativa em dissídio coletivo (art. 114, § 2.º, CF/88).

De igual modo, inclusive os Tribunais de Contas, os quais a doutrina nacional tem enormes dificuldades de classificar, à luz da doutrina de separação tripartite de poderes, em qual

---

<sup>15</sup> **Art. 2º** - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>16</sup> Nesse caso, o Judiciário exerce funções típicas de legislador negativo, já que repudia a norma do ordenamento jurídico, ou fixa qual sentido a norma não pode assumir.

poder estatal se compartimenta, têm competência própria de órgão julgador<sup>17</sup>, segundo o inciso II do art. 71 da Lei Maior:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:  
(...)  
II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Como soe dizer eloqüentemente Paulo Lopo Saraiva<sup>18</sup>, “a Constituição, portanto, destipifica as funções estatais, numa demonstração inequívoca de que elas funcionam muito mais pelo princípio da convergência, que pelo princípio da exclusividade”.

André Rodrigues Cyrino<sup>19</sup>, dissertando sobre o tema, enuncia que:

O princípio da separação de poderes merece releitura diante da nova configuração e amplitude do princípio democrático. Quanto maior for o teor democrático dos órgãos estatais, menor deve ser a preocupação com a separação rígida de poderes. Além disso, o desenvolvimento do controle jurisdicional da constitucionalidade atenua os riscos do arbítrio de um poder sobre o outro.

Segundo Paulo Bonavides, a separação de poderes assume feições de um verdadeiro dogma do liberalismo clássico, que foi inventado pela Burguesia a fim de ceifar a participação popular nos rumos do governo, de maneira que se mostra em gradual declínio, apto a ser superado historicamente, vejamos:

Esse princípio – que nas origens de sua formação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental.

[...]

<sup>17</sup> Cf. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em *Limites à Revisibilidade das Decisões dos Tribunais de Contas*. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br>>. Acesso em 17 ago. 2004.

<sup>18</sup> **Direito:** política e justiça na contemporaneidade. Campinas: Edicamp, 2002, p. 82.

<sup>19</sup> Op. cit p. 38.

Quando cuidamos dever abandoná-lo no museu da Teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia.

[...]

A separação de poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não se assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial.

Desde que o constitucionalismo entrou a evoluir no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram a interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico.<sup>20</sup>

Para Arruda Alvim, conforme citado por Willis Guerra Filho, “o próprio Montesquieu estava ciente de que a tripartição não correspondia a qualquer exigência científica, e não passava de mero instrumento destinado a embasar definitivamente a posição da burguesia como classe social<sup>21</sup>”.

Quanto ao exercício de atribuições atípicas por parte do poder judiciário, reconhecendo, igualmente, a relativização do dogma da separação de poderes, o mestre Bonavides vaticina que:

Quando se trata do judiciário, verificamos que esse poder exerce também atribuições fora do centro usual de sua competência, quando por exclusão de outros poderes e à maneira executiva, organiza o quadro de servidores, deixando assim à distância os poderes que normalmente desempenham funções dessa natureza<sup>22</sup>.

E preconizando a anacronia das interpretações clássicas atribuídas a teoria tripartite de Montesquieu, Paulo Bonavides<sup>23</sup> sentencia:

<sup>20</sup> **Do Estado liberal ao estado social.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64-65.

<sup>21</sup> **Teoria política do direito.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 25.

<sup>22</sup> **Ciência política.** 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.140.

<sup>23</sup> Idem, p. 147.

Não temos dúvida, por conseguinte, em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social. Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, com os corretivos já impostos pela mudança dos tempos e das idéias, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para a qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas.

### 3 Composição

A Justiça Eleitoral possui composição eclética, investindo em sua jurisdição diversos operadores do direito, tais como ministros do STF, STJ, Desembargadores, magistrados da Justiça Estadual e Federal, bem como advogados. Em verdade não existem magistrados eleitorais de carreira<sup>24</sup>, pois todos os postos da magistratura eleitoral são ocupados por julgadores de outros ramos do judiciário, ou mesmo de advogados, como no caso dos Tribunais Eleitorais, ou mesmo de leigos, como no caso dos cidadãos de reputação ilibada que compõe as Juntas Eleitorais.

Essa característica da jurisdição eleitoral em nosso país apresenta-se como um traço marcante, de modo que a Justiça Eleitoral vem sendo chamada de “justiça emprestada”, o que pode ser perfeitamente verificado quando se analisa todos os órgãos da Justiça Eleitoral Brasileira.

Com efeito, de acordo com o art. 118 da CF/88, são órgãos da Justiça Eleitoral: I – o Tribunal Superior Eleitoral; II – os Tribunais Regionais Eleitorais; III – os Juízes Eleitorais; IV – as Juntas Eleitorais. O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), segundo dispõe o art. 119 da atual Carta Política<sup>25</sup>, compõe-se de sete juízes dos quais três são ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), dois são ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dois são advogados,

---

<sup>24</sup> Dentre os juristas que sustentam o acerto do modelo jurisdicional eleitoral brasileiro, destaca-se Fávila Ribeiro: “Há quem defenda a Justiça Eleitoral com o seu próprio corpo isolado de magistrados. Continuamos a reconhecer que os méritos da fórmula adotada suplantam em muito as aparentes vantagens que possam ser apontadas, deixando consideráveis riscos para a própria instituição e para os compromissos com o regime políticos que serve de espora através de suas atividades funcionais, para a austera apuração dos desígnios do poder de sufrágio”. Em sua obra: **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre. 1990, p. 107.

<sup>25</sup> A dicção desse dispositivo constitucional enuncia que o Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, *no mínimo*, de sete membros, autorizando o intérprete a concluir que esta composição pode ser alterada através de Lei Complementar, nunca para reduzi-la, é certo, mas sim para ampliá-la. Nesse sentido, Thales Tácito Cerqueira, Op. cit., 127, assinalando que o art. 121 da CF/88 permite a alteração na composição do TSE, mas que a iniciativa do projeto de Lei Complementar deve ficar a cargo do próprio TSE, em razão do art. 96, II, “b” de nossa Carta Política, *in verbis*:

**Art. 121.** Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais.

**Art. 96.** Compete privativamente:

[...]

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) A alteração do numero de membros dos tribunais inferiores;
- b) A criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsidio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;



com notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados em listas sêxtupla pelo STF e nomeados pelo Presidente da República.

De acordo com o comando constitucional, o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral brasileira recruta para sua judicatura quase metade de seus juízes dentre os ministros do STF, três dos sete, bem como intervém no processo de escolha de outros dois juízes, quais sejam os egressos da classe dos advogados, denominados de “juristas”, o que permite concluir que o STF tende a exercer forte predomínio de pensamento no âmbito daquela corte superior, já que participa do processo de escolha da maioria dos membros do TSE. Nesse sentido é conveniente ressaltar que, mesmo quando o STF funciona como instância recursal às decisões do TSE, a par da via estreita do recurso extraordinário, ou mesmo quando analisa a constitucionalidade dos atos normativos do TSE, pela ação declaratória de inconstitucionalidade, os ministros do STF que compuseram o TSE, e que tenham funcionado no julgamento originário em sede de TSE, não serão impedidos de apreciar a análise da causa no âmbito da corte constitucional.<sup>26</sup>

Aliás, convém notar que, nenhum outro tribunal superior brasileiro possui ministros do STF em sua composição, o que induz a concluir que, como adiante se demonstrará, o TSE encontra-se em posição de destaque no arcabouço judiciário do país, fenômeno este extensível aos demais órgãos da Justiça Eleitoral se comparados a outras instâncias similares de outras justiças. Nesse sentido, pode-se creditar essa importância superior, muito provavelmente, a natureza de sua jurisdição, pois envolve o acesso ao poder institucional no Brasil.

Para reforçar a análise esposada acima, basta perceber que o parágrafo único do art. 119 da CF/88<sup>27</sup> determina que a presidência e a vice-presidência do TSE fiquem sob a

---

<sup>26</sup> Segundo o enunciado da Súmula 72 do STF, atualmente em vigor: “No julgamento de questão constitucional vinculada à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário”.

<sup>27</sup> **Art. 119.** O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) Três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) Dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II – por nomeação do Presidente da República, dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único. O Tribunal Superior Eleitoral elegera seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

responsabilidade de ministros do STF, assim como a corregedoria do TSE deve ficar a cargo de um ministro do STJ.

Em nível estadual, a jurisdição eleitoral fica sob o comando dos Tribunais Regionais Eleitorais, cuja composição também é eclética, em razão do art. 120 da Carta Política. Por meio desse dispositivo constitucional se prevê que dois desembargadores e dois juízes de direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça Estadual; um juiz federal escolhido pelo respectivo Tribunal Regional Federal; e, dois advogados, com notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pelo Tribunal de Justiça, e nomeados pelo Presidente da República, comporão o pleno do TRE.

Desta composição se conclui que o princípio do quinto constitucional assente para a composição dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho não se aplica ao Judiciário Eleitoral, e como consectário desse modelo, é lícito afirmar que o Ministério Público Eleitoral não participa dessa composição, ao contrário do que ocorre naquelas outras cortes de justiça.

Aliás, quanto a não aplicação daquele aludido princípio na Justiça Eleitoral, o Código Eleitoral vigente (Lei n. 4737/65) é peremptório em vedar o acesso dos membros do *parquet* às cortes eleitorais, como se infere de seu art. 25, §2.º, adiante transcrito:

Art. 25. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

[...]

III – por nomeação do Presidente da República de dois dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§1º. A lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça será enviada ao Tribunal Superior Eleitoral.

§2º. A lista não poderá conter nome de Magistrado aposentado ou membro do Ministério Público.

Como se vê, nas cortes regionais há uma marcante influência do Tribunal de Justiça, uma vez que sua composição reserva quatro indicações diretas para o pleno: dois desembargadores estaduais e dois juízes de direito, e duas indicações indiretas, por intermédio de dois advogados a serem escolhidos pelo Presidente da República. Essa notável influência dos Tribunais de Justiça nos Tribunais Regionais Eleitorais mostra-se evidente na destinação

constitucional da Presidência e Vice-presidência do TRE ficarem a cargo dos dois desembargadores indicados pelo TJ<sup>28</sup> (§2º, art. 120, CF/88).

No primeiro nível da jurisdição eleitoral, encontram-se os juízes eleitorais, que exercem jurisdição no âmbito da zona eleitoral. Em verdade, esses magistrados são recrutados dentre os juízes de direito, egressos da justiça estadual comum, e acumulam suas funções na justiça comum com sua jurisdição decorrente da sua investidura na magistratura eleitoral.

Nesse sentido, convém registrar que, no âmbito da magistratura eleitoral, em qualquer nível, vige o princípio da temporariedade das investiduras, consubstanciado no §2.º do art. 121 da Lei Maior:

§2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

Sendo assim, os magistrados eleitorais exercem a jurisdição eleitoral pelo período de dois anos, em regra, podendo ser reconduzidos por mais dois anos, de maneira que nunca se ultrapasse, salvo em raríssimos casos, dois biênios consecutivos. Esse mandamento constitucional visa avivar permanentemente os debates em torno da interpretação das normas eleitorais, bem como eliminar possíveis abusos que uma investidura vitalícia na magistratura eleitoral poderia atrair.

Ademais, a investidura na magistratura eleitoral confere aos investidos, no exercício de suas funções, o gozo das mesmas garantias conferidas aos magistrados em geral, à exceção obviamente da vitaliciedade, de forma que, mesmos os juízes egressos da classe dos advogados dispõem, no curso de seu mandato, de todas as prerrogativas e garantias que um magistrado de carreira de outra justiça dispõe, consoante preceitua o §1.o do art. 121 da Lei Maior: §1.o – Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.

---

<sup>28</sup> A maioria dos regimentos internos das cortes regionais eleitorais determina a cumulação das atribuições de Vice-Presidente e de Corregedor-Regional nas mãos do Vice-Presidente, reservando a um Desembargador Estadual a função de Corregedor Eleitoral em nível de Estado, porém há pelo menos uma corte no nordeste em que essa função fica a cargo de um Juiz Federal, qual seja o TRE de Alagoas.

Essa peculiaridade da Justiça Eleitoral vem sendo elogiada pela doutrina pátria como sendo bastante salutar, de acordo, por exemplo, com o escólio de Djalma Pinto:

Sobre outro enfoque, o exemplo de funcionamento e a fixação de um período de permanência dos Magistrados nos Tribunais Eleitorais poderiam ser levados para os Tribunais estaduais. Cada integrante desses Tribunais, respeitado o direito adquirido dos atuais membros, desempenharia sua função durante certo período, previamente fixado, com possibilidade de uma única prorrogação, desde que observados certos requisitos.<sup>29</sup> A experiência de rodízio, nos Tribunais Eleitorais, mostra-se extremamente saudável na medida em que assegura maior dinamismo a atuação da Justiça, propicia notável oxigenação das posições jurisprudenciais e impede o surgimento de “oligarquias” no âmbito do Judiciário.

[...]

A condição de membro vitalício de Tribunal com competência para desfazer atos de juízes, deputados, prefeitos, governador e qualquer cidadão, está a importar uma gama de poderes, no seio da sociedade local, que devem ser contrabalançados com a redução do tempo de permanência na Corte.

[...]

Na verdade, na Democracia, a característica básica do poder é a transitoriedade. A separação dos poderes, concebida por Montesquieu e consagrada pelos povos mais civilizados, objetiva impedir sua concentração, que é inerente aos governos despóticos.

Outro órgão da Justiça Eleitoral são as Juntas Eleitorais, que, de acordo com o art. 36 do Código Eleitoral<sup>30</sup>, são colegiados formados por juízes de direito e cidadãos leigos, com notória idoneidade moral. Podem ser formadas por juízes de direito, preferencialmente os investidos de jurisdição eleitoral e duas, ou quatro, pessoas da sociedade, sendo uma das instituições do poder judiciário, tal como o Tribunal do Júri, que visa conclamar os particulares a colaborar com a criação de uma decisão judicial.

<sup>29</sup> **Direito eleitoral:** improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50-51.

<sup>30</sup> **Art. 36.** Compõem-se as Juntas Eleitorais de um Juiz de Direito, que será o Presidente, e de 2 (dois) ou 4 (quatro) cidadãos de notória idoneidade.

## 4 Competência

Como órgão do poder judiciário no Brasil, a Justiça Eleitoral é especializada em julgar os conflitos decorrentes da interpretação do direito eleitoral pátrio, bem como se encarrega de coordenar todos os atos relativos à realização da eleição, compreendendo em seu funcionamento: atividades típicas de órgão com funções jurisdicionais, além de outras mais inclinadas a funções administrativas.

Ou seja, por ser um segmento do judiciário nacional, a Justiça Eleitoral é encarregada de decidir as matérias objeto de controvérsias relativas às eleições, assim como cuida de preparar o exercício do direito ao sufrágio em nosso país, quer seja disciplinando o ingresso do cidadão na vida política, através do alistamento, quer administrando a máquina estatal no sentido de realizar suas periódicas consultas populares. Nesse sentido, aliás, entenda-se que a Justiça Eleitoral é o órgão estatal encarregado de levar a efeito as eleições, plebiscitos e referendos.

Sendo assim, o nosso modelo de Justiça Eleitoral funciona como um híbrido de órgão julgador e executor das leis eleitorais. Sobre essa particularidade, convém reproduzir a elucidativa a doutrina de Edson de Resende Castro<sup>31</sup>, segundo a qual:

À Justiça Eleitoral compete não apenas dirimir conflitos de interesse (atividade tipicamente jurisdicional), mas também, e principalmente, administrar o processo eleitoral (atividade meramente administrativa), o que lhe impõe uma atuação bastante diferenciada da atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário, até porque o administrador não é, e não pode ser, inerte.

Por ser especializada, a Justiça Eleitoral somente ocupa-se com as atribuições que lhes são dadas pela Lei, nunca atuam de maneira residual, conforme o faz a Justiça Comum. A Constituição vigente, em seu art. 121, caput, enuncia que a Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Na verdade, até hoje o Legislador infraconstitucional não promulgou o diploma a que se refere o aludido comando constitucional, de maneira que se tem considerado, à luz do fenômeno

---

<sup>31</sup> **Teoria e prática do direito eleitoral.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 39-40.

da recepção, que o atual Código Eleitoral (Lei n.º 4737, de 15 de julho de 1965) deve ser admitido como tal até que haja a aprovação daquela Lei Complementar.

Ademais, a Justiça Eleitoral também possui competência para resolver conflitos e disciplinar alguns aspectos relativos aos partidos políticos, lidando nesse particular com a fundação, funcionamento e extinção desses entes, embora sejam, de acordo com os preceitos constitucionais, pessoas jurídicas de direito privado. É dizer, as questões partidárias quanto a disputas internas, via de regra, são resolvidas pela justiça comum, porém há assuntos partidários que são objeto de apreciação da Justiça Eleitoral, como por exemplo, a prestação de contas anual dos partidos.

Acerca disso, no sentido de melhor explicar essa nuance da Justiça Eleitoral, convém trazer a colação a doutrina de Resende Castro<sup>32</sup>, segundo a qual:

Quando se fala em competência da Justiça Eleitoral, torna-se necessário frisar que a ela cabe a apreciação e o julgamento de questões eleitorais e, por exceção, questões partidárias que tenham poder de influência no pleito ou que, por lei, tenham sido a ela reservadas.

[...]

Também passa ao largo da Justiça Eleitoral os conflitos de interesses decorrentes da prática de atos ordinatórios dos dirigentes partidários, que devem ser questionados junto a Justiça Comum. As condutas de agentes públicos em período não eleitoral e que não visem influenciar no processo eleitoral podem caracterizar improbidade administrativa e, como tal, devem ser objeto da ação prevista na Lei n. 8429/92, a ser dirigida a Justiça Comum, Estadual ou Federal.

[...]

Outra questão em princípio pertinente ao Direito Partidário (e portanto questionável junto à Justiça Comum), mas que revela interesse eleitoral capaz de atrair a competência da Justiça Especializada, é a *disputa de pré-candidatos nas convenções partidárias*. A inobservância de preceitos estatutários, quando das convenções oficiais (como conferir direito de voto a quem não o tem), pode gerar prejuízo eleitoral ao pretendente da candidatura e ao próprio processo eleitoral, porque retira do eleitor a possibilidade de votar naquele que teria direito à disputa. Com essa particularidade, as irregularidades praticadas pelos dirigentes partidários durante as convenções que escolhem os candidatos do partido as eleições (aquelas realizadas no período de 10 a 30 junho do ano das eleições) devem ser levadas a julgamento pelo Juiz Eleitoral nas eleições municipais, ou ao Tribunal Regional nas eleições gerais, ou ao Tribunal Superior Eleitoral nas eleições presidenciais.

---

<sup>32</sup> Op. cit., p.43-46.

De acordo com a Constituição, a Justiça Eleitoral detém o monopólio da jurisdição eleitoral em nosso país, consoante se infere da norma do § 3.º do art. 121 da Lei Maior: §3.º - *São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de hábeas corpus ou mandado de segurança.*(Art. 121,CF/88)

Isto significa que o exercício da função jurisdicional relativa a eleições fica a cargo dos órgãos do judiciário eleitoral, ou ainda, que, o Tribunal Superior Eleitoral é a última instância em matéria de jurisdição eleitoral, dando a palavra final em conflitos que envolvam a aplicação do direito eleitoral, sobretudo quando a norma agitada é de dignidade infraconstitucional. Trata-se, em verdade, do princípio da irrecorribilidade das decisões do órgão de cúpula dessa justiça especializada, sendo certo que, uma possível intervenção do STF, num feito de natureza eleitoral, apenas deve se dar enquanto atue o pretório excelso na condição de corte constitucional, e não como corte judicial<sup>33</sup>.

Por outro lado, uma interpretação sistemática da Constituição conduz o intérprete a temperamentos a essa regra, pois a própria Carta Política reservou algumas intervenções em matéria eleitoral ao STF, quando, *verbi gratia*, deu-lhe a missão de julgar o(s) membro(s) do TSE, quando este(s) tiver (em) cometido crime eleitoral, conforme dispõe o art. 102, I, alínea “c”, da CF/88:

Nas infrações penais comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Art. 102, I, c, CF/88)

Aliás, esse mesmo tratamento descrito acima foi dado ao Presidente, Vice-Presidente, Deputados Federais, Senadores e ao Procurador-Geral da República, quando estes estiverem sendo julgados pela prática de algum crime eleitoral, ante o que preceitua a alínea “b” daquele mesmo dispositivo constitucional: Nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o

---

<sup>33</sup> Em nosso país, o STF tem natureza dual, pois atua ora enquanto instância judicial, ora enquanto corte constitucional. E o STF órgão do poder judiciário com competência própria para julgar conflitos em primeira e última instância, quando, por exemplo, julga o pedido de extradição do estrangeiro – o que requer uma interpretação da legislação infraconstitucional, sobre o assunto – como também é o guardião da Constituição, quando atua julgando as ações referentes ao controle de constitucionalidade em abstrato.

Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; (Art. 102, I, b, CF/88)

Em relação a essa competência constitucional do STF de julgar determinados sujeitos pela prática de crimes comuns, tem-se entendido pacificamente que os crimes eleitorais também são classificados como crimes comuns. Quanto a isso, invoca-se a lição de Djalma Pinto, de que “o crime eleitoral, conforme pacífico entendimento no Supremo Tribunal Federal, situa-se no campo de abrangência da expressão crime comum, que se contrapõe ao crime de responsabilidade (art. 52, II, CF)”<sup>34</sup>.

Desta maneira, a competência do pretório excelso para exercer a jurisdição criminal é atraída sempre quando a norma incriminadora violada for de natureza eleitoral e o denunciado for Ministro do TSE, ou do próprio STF, Presidente, Vice-Presidente, Deputado Federal, Senado e/ou o Procurador-Geral da República. Essa competência em razão da pessoa fica deveras evidenciada, quando o candidato a deputado federal é denunciado pela prática de crime eleitoral, no decorrer do pleito, perante o TRE e quando toma posse, a competência para julgá-lo desloca-se para o STF.

De modo semelhante, há temperamento à regra de monopólio da jurisdição eleitoral por parte da Justiça Eleitoral, quando ao Superior Tribunal de Justiça é dada competência para julgar os crimes eleitorais, quando o denunciado é membro de Tribunal Regional Eleitoral, Governador de Estado ou do Distrito Federal, conforme determina o Art. 105, I, alínea “a” da CF/88<sup>35</sup>.

Outro temperamento previsto na Constituição, quanto ao exercício da jurisdição eleitoral, invocando a intervenção de outro tribunal estranho à justiça eleitoral, dá-se quando a Suprema Corte é chamada a dirimir conflito de competência entre o TSE e outro Tribunal, consoante

---

<sup>34</sup> Op. cit, p. 247-248. Aponta aquele autor que o TSE, na **Representação n.º 11.723**, assim entendeu:

A expressão crime comum é usada em contraposição aos impropriamente chamados crimes de responsabilidade cuja sanção é política, e abrange, por conseguinte todo e qualquer delito, entre outros, os crimes eleitorais. Jurisprudência antiga e harmônica do STF (**DJ, 25-5-1992, p. 7154**).

<sup>35</sup> **Art. 105.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – Processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.



dispõe a alínea “o” do inciso, I, do art. 102 da CF/88<sup>36</sup>. Nesse particular, parece realmente adequado admitir que o STF não se encontra atuando jurisdicionalmente, mas sim enquanto corte constitucional que tem a missão de ser a última palavra em interpretação da Constituição, desempatando o conflito entre o TSE e qualquer outro tribunal.

Uma vez que já se tenha tratado das exceções constitucionais acerca da jurisdição eleitoral, e ter-se descrito alhures a composição dos órgãos da Justiça Eleitoral, impende a partir de agora dissecar a competência das instancias jurisdicionais eleitorais, a começar pelo TSE.

A Constituição de 1988 apresenta o TSE como instância recursal eleitoral derradeira, consubstanciando esse pensamento através dos §§3.º e 4.º de seu art. 121, sendo que esta último norma encerra que:

§ 4.º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

- I – forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
- II – ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
- III – versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
- IV - anulem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
- V – denegarem hábeas corpus, mandado de segurança, hábeas data ou mandado de injunção.

Desta forma, pela inteligência dos incisos I e II do dispositivo constitucional supra transcrito, conclui-se que o Tribunal Superior Eleitoral é o guardião da legislação eleitoral em nosso ordenamento, bem como o pacificador da jurisprudência pátria, exercendo no âmbito do direito eleitoral missão semelhante a do STJ com relação ao direito comum.

Esses dois incisos dizem respeito ao cabimento do chamado Recurso Especial Eleitoral, cujo objetivo visa defender a vigência do direito eleitoral objetivo e uniformizar a jurisprudência nacional quando o assunto é eleição. Por quase tudo semelhante ao Recurso Especial comum, mudando-se apenas alguns aspectos como, por exemplo, a tempestividade, que é estabelecida pela legislação infraconstitucional.

---

<sup>36</sup> **Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.

De acordo com o inciso III do mencionado preceptivo constitucional, tem-se a figura do chamado Recurso Contra (ou a favor) a expedição do Diploma (RCD) para as eleições gerais, quais sejam aquelas que envolvem o sufrágio de candidatos a deputados estaduais, federais, senadores, vice-governador e governador. Em verdade, o RCD como é vulgarmente chamado não possui a natureza jurídica de recurso, uma vez que visa anular um ato administrativo denominado diploma, sendo propriamente uma ação eleitoral, cujo rito é muito particular.

A par dos incisos IV e V da aludida norma constitucional, constata-se que o Constituinte criou uma espécie de Recurso Ordinário, com amplo grau de cognição, podendo analisar a justiça da decisão adotada pelo TRE para as eleições estaduais, sem prejuízo de agitar a aplicação correta do direito objetivo, quando houver a cassação de diplomas ou mandatos eletivos (inciso IV). Especificamente com relação ao último inciso, tem-se que a Lei Magna criou, para as partes que desejarem se insurgir contra a denegação dos denominados *writs* constitucionais, hipótese semelhante a do art. 104, II, alíneas “a” e “b”<sup>37</sup>.

Em nível infraconstitucional, o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15.07.1965) é o diploma que disciplina acerca da competência do TSE, concentrando boa parte de suas atribuições nos artigos 22 e 23. Certo de que a Lei n.º 4.737 carece ser reinterpretada à luz da nova ordem constitucional, pode-se aduzir, em linhas gerais, que a competência do TSE agasalha originariamente:

- Processar e julgar, o registro e a cassação de partidos políticos, de seus diretórios nacionais e de candidatos a Presidência e Vice-presidência da República<sup>38</sup>(art. 22, I, a, CE);
- Resolver os conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e Juizes Eleitorais de Estados diferentes (art. 22, I, b, CE);

---

<sup>37</sup> **Art. 104.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

I - Julgar, em recurso ordinário:

a) O habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) Os mandados de segurança decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

<sup>38</sup> Relativamente ao processo eleitoral para Presidente e Vice-Presidente o TSE funciona como instância originária e derradeira em matéria de jurisdição eleitoral, sendo todas demandas referentes ao pleito presidencial dirigidos àquela corte superior.

- A suspeição ou o impedimento de seus membros, do Procurador-Geral Eleitoral e de seus funcionários (art. 22, I, c, CE);
- O mandado de segurança contra ato da própria corte (regimento interno do TSE);
- A ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de 120(cento e vinte) dias de decisão irrecurável, possibilitando-se o exercício do mandato até o seu trânsito em julgado (art. 22, I, j, CE)<sup>39</sup>;
- Propor ao Poder Legislativo o aumento do número dos Juízes de qualquer Tribunal Eleitoral, indicando a forma desse aumento (art. 23, VI, CE)<sup>40</sup>;
- Expedir as instruções que julgar convenientes a execução deste Código (art. 23, IX, CE)<sup>41</sup>;
- Enviar ao Presidente da República a lista tríplice organizada pelos Tribunais de Justiça nos termos do art. 25 do Código Eleitoral (art. 23, XI, CE)<sup>42</sup>.
- Responder, sobre matéria eleitoral, as consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político (art. 23, XII, CE)<sup>43</sup>;

<sup>39</sup> A Ação Rescisória Eleitoral (ARE) foi uma criação da Lei Complementar n.º 81, de 14 de maio de 1996, tendo sido uma das mais controvertidas inovações processuais eleitorais, na medida em que intenta trazer para a seara eleitoral um instituto cuja natureza não se coaduna com a celeridade da Justiça Eleitoral. De toda forma, o próprio legislador restringiu o alcance da ARE, circunscrevendo seu uso aos casos que discutem a inelegibilidade de candidatos, reforçando essa restrição na medida em que limitou ao TSE a competência para conhecer da ARE (uma vez que nenhum outro órgão da Justiça Eleitoral pode conhecer de ARE) e estabeleceu o prazo decadencial de 120 dias da decisão rescindenda. Em verdade, além desses obstáculos legais à interposição da ARE, o TSE possui entendimento consolidado em sua jurisprudência pacífica e remansosa que somente pode julgar a ARE contra suas próprias decisões, o que apesar da constitucionalidade discutível da medida, tem colaborado para evitar a banalização do uso da ARE.

<sup>40</sup> Esse dispositivo legal possui ampla constitucionalidade, conforme enuncia o art. 96, II, a da Lex Legum:

**Art. 96.** Compete privativamente:

[...]

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos Tribunais inferiores;

<sup>41</sup> Esse dispositivo possui crucial importância ao judiciário eleitoral, porquanto serve de arrimo ao poder regulamentar da Justiça Eleitoral, mais adiante estudado com profundidade, até mesmo para que se alcance a demonstração de nossa tese.

<sup>42</sup> Trata-se de uma intervenção estritamente formal do TSE, com relação aos nomes dos advogados indicados pelo Tribunal de Justiça e escolhidos pelo Presidente, para comporem o TRE. Nesses casos, o TSE limita-se a apenas verificar se os indicados preenchem os requisitos formais para uma eventual nomeação: se exercer a advocacia há mais de uma década, se não possuem faltas éticas perante a OAB, dentre outras coisas.

<sup>43</sup> Esta é uma das mais marcantes atribuições da Justiça Eleitoral, qual seja a função consultiva dos tribunais eleitorais.

- Requisitar força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e garantir a votação e a apuração (art. 23, XIV, CE);
- Tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes a execução da legislação eleitoral (art. 23, XVIII, CE).

Por sua vez, o TRE funciona como instância originária nas questões referentes ao processo eleitoral estadual<sup>44</sup> e instância recursal para as questões relativas às eleições municipais<sup>45</sup>. Além do que organiza a Justiça Eleitoral em nível estadual<sup>46</sup> e coordena as eleições em todo o Estado, bem como julga a prestação de contas dos órgãos partidários estaduais, dentre outras atribuições.

O TRE também é competente para processar e julgar o mandado de segurança contra atos dos juízes eleitorais e de seus próprios atos. A corte regional também julga os pedidos de desaforamento dos feitos não decididos pelos juizes eleitorais em trinta dias da conclusão para julgamento, e responde a consultas que lhe forem dirigidas por autoridade estadual ou órgão estadual de direção de partido político, sobre questão eleitoral formuladas em tese<sup>47</sup>, dentre outras atribuições.

Quanto aos Juízes eleitorais, já se disse que são recrutados dentre os juízes de direito em efetivo exercício em um dos municípios que compõe a respectiva Zona Eleitoral<sup>48</sup>. A competência dos juízes eleitorais se encontra prevista no art. 35 do CE, prevendo as funções mais variadas, quer de natureza administrativa, como, por exemplo, expedir títulos eleitorais, conceder transferências de eleitores, dividir a Zona em seções eleitorais, mandar organizar a relação dos eleitores de cada seção, fazer as diligências que julgar convenientes a ordem e a presteza do

---

<sup>44</sup> **Art. 29, I**, a do CE.

<sup>45</sup> **Art. 29, II**, a do CE.

<sup>46</sup> **Art. 30, III e V** do CE. Concede férias, licenças aos juizes e servidores, constitui as Juntas Eleitorais e designa a respectiva sede e jurisdição.

<sup>47</sup> **Art. 30, VIII** do CE.

<sup>48</sup> Na jurisdição eleitoral, a divisão do trabalho se dá através de Zonas Eleitorais, que se comparada a Justiça Comum correspondem as Varas das Comarcas, com a diferença de que uma Zona Eleitoral pode abranger mais de um município, ou mesmo que um município pode abranger mais de uma Zona Eleitoral.

serviço, quer de natureza jurisdicional, como, processar e julgar as representações e/ou reclamações eleitorais.

A competência das Juntas Eleitorais se encontra disposta no Art. 40 do CE, sendo muitas delas reduzidas na importância, em razão do advento da votação eletrônica, que facilitou deveras a apuração e sua segurança, persistindo, primordialmente, a de expedir os diplomas nas eleições municipais, consoante dispõe a norma:

Art. 40. Compete a Junta Eleitoral:

- I – apurar, no prazo de 10(dez) dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob sua jurisdição;
- II – resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos sob sua jurisdição;
- III – expedir os boletins de apuração mencionados do artigo 179;
- IV – expedir diploma aos eleitos para os cargos municipais.

## 5 Atributos

Como se percebe da descrição das competências da Justiça Eleitoral, impende reconhecer que a mesma possui inúmeras funções, tanto administrativas, quanto jurisdicionais, realçando sua natureza *sui generis* em comparação aos demais ramos do judiciário. Assim, seja exercendo atividades tipicamente executivas, como o alistamento, a transferência, a organização de relação de votantes por seção eleitoral, a expedição de diplomas, quanto exercendo atividades necessariamente jurisdicionais, quando aprecia representações e recursos eleitorais, a Justiça Eleitoral trabalha com um bem da vida dos mais importantes, qual seja a democracia<sup>49</sup>.

Conforme se viu acima, no Império as atividades tipicamente administrativas eram delegadas ao Executivo, ou mesmo a autoridades eclesiásticas, como no caso do alistamento eleitoral, assim como atividades jurisdicionais eram confiadas a vários poderes como nas Juntas Eleitorais em que as compunham o presidente a Câmara de Vereadores e o Juiz Municipal, com previsão de recursos para um Juiz de Direito.

Na primeira fase da República, atividades administrativas relativas a eleições eram confiadas ao Executivo e ao Legislativo, por meio das Comissões de Verificação que detinham competência para (in)validar os diplomas dos eleitos. Até o advento da Carta Republicana de 1946, foi que todo o processo eleitoral, quer de natureza administrativa, quer de natureza

---

<sup>49</sup> Nesse sentido, convém trazer à colação o magistério de Fávila Ribeiro (op. cit., p. 111):

“Na verdade, o que houve foi um equacionamento teleológico, estando a Justiça Eleitoral munida de diferentes tipos de competências adaptadas às mais variadas circunstâncias. Significa dizer que cada aspecto contemplado na escala de competência da Justiça Eleitoral possui polivalentes potencialidades, legiferativas, administrativas, administrativas ou jurisdicionais, em conformidade com as circunstâncias a enfrentar. Aproveitando a lição de Enrico Redenti, é possível divisar no acervo de competências da Justiça Eleitoral as três posições manifestamente decisórias que o Estado assume no tocante ao Direito: dispor, observar e garantir. (**Derecho Processual Civil**, trad. de Santiago Santis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. p.6, v. 1). Ao pretendermos isolar as diferentes atividades que podem ser extraídas de cada item do quadro geral de competências da Justiça Eleitoral, faz-se necessário utilizar o próprio equipamento conceitual a ser aplicado no processo de identificação a ser cumprido, primeiro por não se encontrarem enfileiradas em único diploma e depois por que as produções legislativas assim dispersas, via de regra, concentram e mesclam todas as modalidades funcionais, cada uma tomando na prática a feição que for apropriada.

Nesse sentido, em nos dispormos ao reconhecimento e classificação dos atos de natureza jurisdicional que estão disseminados na esfera de atividades da Justiça Eleitoral, terá de ser procedido meticuloso e arriscado trabalho de decantação, uma vez que o texto legal não se revelou preocupado com essas especificações, tudo deixando a cargo do aplicador, que se teria de implicar com os métodos específicos a cada área mobilizada.

Devemos estar prevenidos para os riscos e dificuldades na tarefa da separação das três atividades fundamentais do Estado, sem nutrir descomedido otimismo quanto aos resultados dos isolamentos encaminhados, não imaginando chegar ao estado absoluto de pureza, [...].

jurisdicional, ficou a cargo do poder judiciário eleitoral, o que revela uma patente preocupação de não deixar os agentes políticos, que são diretamente interessados na confecção de um resultado final, responsáveis pela sua organização e apuração.

Porém, ainda hoje a jurisdição eleitoral em seu funcionamento provoca espanto de operadores do direito, impregnados com uma visão reducionista do Judiciário, filiando-se a opinião de que esse poder do Estado deve restringir-se a atividades tipicamente jurisdicionais. Na verdade, a “Justiça Eleitoral” enquanto órgão estatal com a missão que possui atualmente no Brasil, poderia estar atrelado a outro poder da República que não o judiciário. No caso do México, por exemplo, um instituto semelhante a uma autarquia especial fica encarregado de organizar e decidir sobre assuntos eleitorais. Na Venezuela, por sua vez, a Constituição prevê cinco poderes: executivo, legislativo, judiciário, cidadão (formado pelo Ministério Público e Defensoria Pública) e Eleitoral (que vem a ser a Justiça Eleitoral, no nosso caso).

No Brasil, a tradição da vontade do Constituinte tem sido delegar ao Poder Judiciário a missão de dirigir a eleição e resolver as contendas eleitorais, baseado na premissa de que os quadros dos poderes legislativo e executivo são necessariamente os principais interessados no resultado final do processo eleitoral, fator que compromete a realização de consultas populares com a isenção necessária.

Ademais, diga-se de passagem, que a Justiça Eleitoral trabalha não somente em pleitos que elegem representantes para os cargos ditos eletivos: de vereador a presidente, mas também quando é chamada a aferir a vontade popular, através de plebiscito e referendo, na forma do art. 14 da CF/88 e da Lei n.º 9.709/98<sup>50</sup>.

De toda forma, parece lícito sustentar que não é da natureza dos órgãos eleitorais, como se apresenta a tradicional Justiça Eleitoral Brasileira, que sejam parte integrante do Poder Judiciário. Essa configuração é, portanto, um atributo constitucional já que delega essas funções ao Poder Judiciário, em detrimento de adjudicá-las a outro poder, como o Executivo ou Legislativo, ou mesmo separá-las dos demais poderes, dando-lhes feições próprias, como no caso do modelo venezuelano.

---

<sup>50</sup> Um exemplo de atividade desempenhada pela Justiça Eleitoral que refoge ao modelo tradicional de aferição do sufrágio para eleição de representantes é a realização de plebiscitos para a criação, desmembramento ou fusão de Estados e Municípios.

Numa conceituação filosófica sobre o tema, dir-se-ia que não faz parte da essência de um órgão estatal eleitoral integrar o Poder Judiciário, mas sim da sua existência, o que não parece ser atualmente percebido pela maior parte da doutrina pátria que olvida esta distinção.

Assim sendo, impende reconhecer que o estudo da Justiça Eleitoral será mais bem apresentado na medida em que se conheçam detalhadamente as funções tipicamente administrativas e jurisdicionais daquele órgão estatal. Tais como o denominado poder de polícia, poder cautelar, poder regulamentar (normativo), poder consultivo dessa Justiça Especializada.



## 6 Poder de Polícia em Matéria Eleitoral

Poder de Polícia, no conceito de Norberto Bobbio<sup>51</sup>:

É uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa a por em ação as limitações que a lei impõe a liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem publica, em suas varias manifestações: da segurança das pessoas a segurança da propriedade, da tranqüilidade dos agregados humanos a proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão poder de polícia:

Pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta mais limitada responde a noção de policia administrativa.

Das definições acima, infere-se que, o Poder de Polícia é uma manifestação do poder-dever que a Administração possui, no sentido de limitar a conduta dos particulares, lhes intervindo em suas ações, a fim de garantir a manutenção da ordem pública. Em verdade, existem vários tipos de poder de polícia, mas todos de natureza administrativa, como, por exemplo, a polícia de segurança (federal, civil e militar, primordialmente consideradas, respectivamente, polícias de inteligência, judiciária e ostensiva), a polícia de trânsito (rodoviária federal, estadual, autarquias municipais de trânsito, que visam ordenar o tráfego e a circulação de veículos, aplicando a legislação de trânsito), a polícia de patrimônio do município (guarda municipal, que visa proteger os bens públicos do Município), a polícia de saúde coletiva (sanitária e veterinária, as quais visam à defesa da higiene e asseguram a profilaxia dos animais) etc.

Com relação ao transcurso do processo eleitoral, e manifestamente com relação à propaganda eleitoral, o poder de polícia em matéria eleitoral, a despeito de sua natureza eminentemente administrativa, não fica a cargo do Poder Executivo, mas sim nas mãos do Poder Judiciário Eleitoral. É dizer, nesse caso, os juízes e as cortes eleitorais são quem regem a intervenção na conduta de partidos, candidatos e coligações, visando assegurar o cumprimento da legislação eleitoral.

---

<sup>51</sup> Et al. **Dicionário de Política**. Brasília: EdUnB, 2002. p.944.

Ora, uma característica do processo eleitoral é que a propaganda eleitoral rege-se pelo princípio da liberdade, *ex vi* dos próprios comandos constitucionais da que albergam os bens jurídicos liberdade de expressão e direito de reunião, consoante os incisos IV, V, IX e XVI do art. 5.º da CF/88<sup>52</sup>. Ou seja, em matéria de propaganda somente pode ser considerado ilícito aquilo que a legislação veda, pois o que não está proibido deve ser permitido<sup>53</sup>.

Outrossim, os magistrados eleitorais no afã de cumprir a Lei Eleitoral comportam-se como típicos administradores, inclusive atuando de ofício, sem mesmo precisarem ser provocados, exercendo o poder de polícia eleitoral, o que se configura um atributo específico do judiciário eleitoral, na medida em que divergem do padrão normal das outras justiças, adstritas ao princípio da inércia inicial do juízo.

Na judicatura eleitoral, não raro se vê o magistrado atuando como verdadeiro policial, como se fosse uma espécie de “delegado de polícia eleitoral”, fiscalizando o cumprimento do ordenamento jurídico em matéria de propaganda eleitoral, muitas vezes coordenando outras espécies de polícias administrativas, a pretexto de garantir a manutenção da ordem eleitoral.

---

<sup>52</sup> **Art. 5.º** (*Omissis*)

IV – e livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – e assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem;

[...]

IX – e livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso a autoridade competente.

<sup>53</sup> Na legislação eleitoral, há seria disciplina sobre a propaganda eleitoral, tanto na Lei das Eleições, que se dedica ao tema por meio dos art. 36 ao 58, quanto no Código Eleitoral, que cuida do assunto através dos arts. 240 a 256, isto sem contar as normas eleitorais incriminadoras que versam sobre propaganda, nem as normas regulamentares infralegais que respeitam a propaganda eleitoral.

Edson de Resende Castro, dissertando sobre o tema, relaciona que a “propaganda eleitoral é orientada pelos princípios da legalidade (as regras que impedem certos tipos de propaganda são de caráter cogente, de ordem pública), da liberdade (o candidato pode realizá-la da forma como melhor entender, desde que nos limites fixados na lei, e o eleitor tem direito a ampla informação), da responsabilidade (uma vez que o candidato, o Partido Político e a Coligação respondem civil e penalmente pelos excessos da propaganda, inclusive por dano moral), da igualdade/isonomia de oportunidades (já que a lei procura fixar regras que diminuam as diferenças de oportunidade naturalmente existentes entre os candidatos), da indisponibilidade (entendido como a possibilidade de o candidato/ Partido/Coligação não se utilizarem do direito a propaganda, mesmo quando lícita) e do controle judicial(já que compete a Justiça Eleitoral o poder de polícia da propaganda, coibindo os excessos e fazendo cessar as ilicitudes). Ibidem, p. 199-200.

Por exemplo, quando o Juiz Eleitoral decide a respeito da realização de duas carreatas de coligações disputantes, em horários e trajetos concorrentes, há o risco iminente e indesejável de que ambas possam vir a se encontrarem, levando-o, portanto, a requisitar apoio dos órgãos de polícia de trânsito e de segurança, a fim de evitar um possível confronto de militantes partidários.

Em verdade, o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral é um traço tal marcante que as Resoluções do TSE têm expressamente determinado que, durante o período eleitoral, somente os juízos eleitorais devem cuidar desse assunto, conforme se infere do art. 69 da Res. TSE n.º 21.610, de 5 de fevereiro de 2004, *verbis*:

Art. 69. O poder de polícia sobre a propaganda será exercido exclusivamente pelos juizes eleitorais nos municípios, pelos juizes designados pelos tribunais regionais eleitorais nos municípios com mais de duzentos mil eleitores, pela comissão encarregada da propaganda, sem prejuízo do direito de representação a ser exercido pelo Ministério Público e demais legitimados.

§1.º - Na fiscalização da propaganda eleitoral, compete ao juiz eleitoral, no exercício do poder de polícia, tomar providências necessárias para coibir praticas ilegais, comunicando-as ao Ministério Público, mas não lhe é permitido instaurar procedimento de ofício para a aplicação de sanções.

§2.º - A propaganda exercida nos termos da legislação não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob a alegação do exercício do poder de polícia.

Deste dispositivo regulamentar, conclui-se que mesmo uma autoridade administrativa com competência ordinária para fiscalizar os particulares, como, por exemplo, agentes municipais aptos a policiar o cumprimento das normas de meio-ambiente: assim compreendido o som de um carro de propaganda, ou a afixação de cartazes em logradouros públicos, devem abster-se de retirar ou proibir a propaganda se esta se tratar de propaganda eleitoral.

No caso dantes descrito, os agentes municipais, quando muito, devem comunicar o fato ao juiz eleitoral, única autoridade que pode fazer cessar o ilícito eleitoral. Se, em dada hipótese, o próprio magistrado eleitoral, ou qualquer membro da comissão de propaganda, certificar se tratar o fato denunciado de um ilícito eleitoral, pode atuar inclusive no sentido de suspender a prática ilegal, inclusive de ofício, sem maiores formalidades, dispensando ate mesmo o recebimento de uma representação eleitoral.

Nesse particular, convém assinalar que, atuando por impulso próprio, o magistrado eleitoral não pode aplicar a sanção de ofício, mas tão-somente fazê-la cessar a conduta ilegal, para remeter aos autos do procedimento administrativo ao Ministério Público Eleitoral, órgão esse que detém a legitimidade para estar em juízo propondo uma ação judicial eleitoral.

Destarte, infere-se que a atuação da Justiça Eleitoral em matéria de propaganda é um atributo judicial atípico, mormente se comparado com os outros ramos do poder judiciários, os quais podem até mesmo atuar fora dos gabinetes, através de inspeções e diligências, mas nunca por impulso próprio, como no caso do poder de polícia em matéria eleitoral.

Ademais, conforme preceitua o próprio Código Eleitoral, nos incisos IV e V do art. 35, compete aos juízes eleitorais, respectivamente, “fazer as diligências que julgar necessárias a ordem e presteza do serviço eleitoral”, bem como “tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providencias que cada caso exigir”.

## 7 Poder Cautelar da Justiça Eleitoral

O Brasil não possui um Código Processual Eleitoral, de maneira que as normas regentes do processo eleitoral se encontram dispersas no Código Eleitoral vigente (Lei n.º 4.737/65), na Lei Eleitoral (Lei n.º 9.504/97, com suas sucessivas alterações), e na Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n.º 64/97). Nesses diplomas legais, misturam-se normas substantivas com normas adjetivas, sem, contudo prever o instituto do Poder Geral de Cautela, cuja aplicação é deveras ampla na processualística civil.

Segundo o magistério atual de Thales Tácito, o magistrado eleitoral “deve usar por analogia do Código de Processo Civil ou outra lei mais adequada como forma de auto-integrar a lei eleitoral omissa ou com lacunas a serem preenchidas”<sup>54</sup>. De acordo com esse ilustre doutrinador, “os prazos do procedimento eleitoral são exíguos, muitas vezes peremptórios e contínuos; logo, havendo prejuízo a alguma questão eleitoral, caberá o uso das cautelares, quando a lei eleitoral não permitir que o juiz possa agir de ofício”<sup>55</sup>.

A despeito dessa infeliz omissão do legislador processual eleitoral, a jurisprudência consolidada do TSE tem assentado que a aplicação subsidiária do poder geral de cautela na seara eleitoral é uma medida que se impõe, conforme se infere de *cases* eleitorais importantes, tais como a Medida Cautelar n.º 1241/DF, na qual a corte proibiu a censura prévia ao Jornal Correio Braziliense que publicava notícias contrárias ao governador Joaquim Roriz, então candidato à reeleição.

De fato, a celeridade que rege o processo eleitoral tem autorizado uso do poder geral de cautela, pois a exigüidade dos prazos eleitorais - a partir do encerramento do período de requerimento de registros até a proclamação dos eleitos, são peremptórios e contínuos, correm em Secretaria ou Cartório, não se suspendem sequer aos sábados, domingos e feriados (art. 16 da LC n.º 64/90) – atrai a aplicação daquele instituto.

Aliás, parece razoável admitir que, sempre quando a legislação processual eleitoral for omissa ao não prever instituto próprio capaz de disciplinar um determinado bem da vida, então

---

<sup>54</sup> Idem, p. 528.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 528.

será lícito ao intérprete se valer de institutos do direito processual comum, cuja aplicação no processo judicial eleitoral há de receber interpretação própria, a fim de acomodar o instituto estrangeiro à realidade do direito eleitoral.

Por outro lado, no caso do uso indiscriminado do instituto do Poder Geral de Cautela, no sentido de atribuir efeito suspensivo a recurso eleitoral, o que é vedado expressamente por lei, tal entendimento merece severas críticas, pois, como se sabe, os requisitos para concessão da cautela são: a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*), não sendo razoável admitir que a simples interposição de um recurso eleitoral possa elidir a eficácia de uma decisão judicial num processo regular, onde se fizeram presentes os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Não prospera invocar o argumento de que existe uma fumaça do bom direito, para o caso de exercício do poder geral cautelar, a fim de emprestar efeito suspensivo a recurso eleitoral, pois, a *contrariu sensu*, qual seria então esse *fumus boni iuris*, se há uma decisão judicial estribando a parte vitoriosa na sentença exequenda a receber o bem da vida litigado?

Aliás, é conveniente lembrar, reforçando esse raciocínio, que o Código Eleitoral possui disciplina específica sobre o assunto:

Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.

Parágrafo Único. A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do Presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão.

Entretanto, em que pese a dicção desse comando legal e o raciocínio supra demonstrado, o TSE tem se filiado à tese contrária, segundo a qual é possível a concessão do poder geral de cautela para emprestar efeito suspensivo a recurso eleitoral, portanto, *contra legem*. É dizer, a pretexto de evitar a quebra de continuidade na gestão dos negócios da Administração e em nome do princípio da segurança jurídica, o TSE insistido em evitar situações por meio das quais poderia haver uma alternância quase diária de prefeitos e vereadores nos municípios, no curso do processo judicial<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Exemplo clássico de uso do poder geral de cautela, para dar efeito suspensivo a recurso eleitoral, vide Medida Cautelar (TSE) n.º 15.190/95 – Roraima, na qual funcionou como relator o Min. Marco Aurélio de Mello.

## 8 Função Consultiva

Uma outra distinção da Justiça Eleitoral em relação às demais justiças encontra-se no poder consultivo, previsto nos artigos 23, XII e 30, VIII, do Código Eleitoral:

Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

[...]

XII – responder, sobre matéria eleitoral, as consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político;

Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais:

[...]

VIII - responder, sobre matéria eleitoral, as consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade pública ou partido político;

À luz dos comandos legais acima, a função consultiva consiste em fazer com que os tribunais eleitorais respondão às consultas sobre matéria eleitoral, que lhes forem dirigidas, por determinadas pessoas de direito, quando forem formuladas questões abstratas, ou seja, sem discriminar uma dada situação concreta.

Esse mecanismo singular no judiciário brasileiro revela-se como sendo um instrumento de pacificação social, na medida em que interpreta o conteúdo da legislação eleitoral, fornecendo às autoridades públicas, aos partidos, e ao próprio povo, uma visão do pensamento dos membros que compõem o tribunal, a respeito de situações eminentes. Trata-se de uma manifestação de integração das lacunas do ordenamento jurídico, complementando o sentido da legislação eleitoral<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Exemplo desse comportamento integrador do ordenamento e a Consulta n.º 844, de 12 de agosto de 2003, cuja relatoria pertenceu ao Min. Carlos Velloso, transformada na Res. TSE n.º 21.441, adiante emendada:

**ELEITORAL. CONSULTA. ELEGIBILIDADE. EX-CONJUGE DO TITULAR DO PODER EXECUTIVO REELEITO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU DIVÓRCIO DURANTE O EXERCÍCIO DO MANDATO. IMPOSSIBILIDADE. CF. ART. 14, §7.º. 1. É inelegível, no território de jurisdição do titular, o ex-cônjuge do chefe do Executivo reeleito, visto que em algum momento do mandato existiu o parentesco, podendo comprometer a lisura do processo eleitoral. 2. Consulta respondida negativamente.**

Nesse caso o TSE exerceu o poder consultivo, de maneira *praeter legem*, partindo da Lei das Inelegibilidades, mas para ir além dela, alcançando o sentido da lei, através de uma interpretação extensiva e teleológica. Não fosse dessa forma, a corte estaria por abrir uma larga porta no sentido de facilitar ardis e simulações dos chefes do executivo, cujo interesse poderia artificializar uma separação judicial, para eleger suas companheiras.

Dissertando sobre esse atributo da Justiça Eleitoral brasileira, Edson de Resende Castro<sup>58</sup> anota que:

A consulta, a ser formulada por autoridade publica ou partido político, não pode versar sobre caso concreto sob pena de o Tribunal antecipar-se a solução do conflito já instalado. Por meio desse instrumento, o jurisdicionado toma conhecimento da posição do Tribunal a respeito da situação em tese submetida a sua apreciação, o que possibilita que os candidatos e partidos evitem práticas que contrariem o entendimento da Justiça Eleitoral. E é ela importante principalmente porque os Tribunais mudam sua composição a cada dois anos, podendo mudar (e não raro muda) sua jurisprudência.

Exercendo a função de responder às consultas que lhes forem dirigidas, o TSE ordena a jurisprudência nacional, evitando a proliferação de julgados divergentes ao pensamento majoritário da corte, fixando o entendimento a respeito de determinada matéria eleitoral, sobretudo no que toca às grandes questões políticas que são secantes a ordem jurídico-eleitoral.

Um exemplo dessa interação do poder consultivo do TSE na ordem político-constitucional brasileira se deu recentemente através da Consulta n.º 1.143, de 12 de abril de 2005, cuja relatoria pertenceu ao Min. Luiz Carlos Madeira, da Consulta n.º 1.148, de 17 de maio de 2005, onde funcionou como relator o Min. Caputo Bastos, da Consulta n.º 1.153, de 2 de agosto de 2005, relatada pelo Min. Marco Aurélio de Mello, nas quais se discutiram a inovação constitucional trazida pela Emenda Constitucional n.º 45, com relação a vedação de atividades político-partidárias aos membros do Ministério Público e seus reflexos na legislação sobre as inelegibilidades.

Essas três consultas marcam uma evolução na jurisprudência do excelso eleitoral, pois revelam um intenso debate travado no TSE em função do conhecimento ou não de uma consulta que envolve a interpretação de tema constitucional, bem como sua aplicação imediata ou condicionada nas situações em curso, tem remanescido vitoriosa a tese esposada pelo Min. Marco Aurélio, cuja inteligência se põe sintetizada na seguinte ementa:

**COMPETÊNCIA – CONSULTA – REGÊNCIA E NATUREZA DA MATÉRIA.** A teor do dispositivo no inciso XII do artigo 23 do Código Eleitoral, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para responder consulta esta ligada ao envolvimento de tema eleitoral, sendo desinfluyente a regência, ou seja, se do próprio Código, de legislação esparsa ou da Constituição Federal. **MINISTÉRIO PÚBLICO – ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA – ALÍNEA “e” DO INCISO II DO ARTIGO 128 DA**

---

<sup>58</sup> Idem, p. 47.



**CONSTITUIÇÃO N.º 45/2004 – APLICAÇÃO NO TEMPO. A proibição do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público** tem aplicação imediata e linear, apanhando todos aqueles que o integram, pouco importando a data de ingresso<sup>59</sup>.

Certo de que, nem os juízes, nem as juntas eleitorais podem exercer esse atributo especialíssimo, os tribunais eleitorais ao responderem às consultas que lhes são dirigidas acabam integrando o ordenamento jurídico, sobretudo do caso do TSE, cuja atuação tem sido bastante criticada, na medida em que vêm transformando suas respostas as consultas em Resoluções com força de lei<sup>60</sup>. Nesse particular, oportuno aduzir que uma eventual ofensa a uma Resolução do TSE pode desafiar a via estreita do Recurso Especial Eleitoral, cuja finalidade também visa defender o poder normativo do TSE.

---

<sup>59</sup> Nas outras duas Consultas anteriores (n.º 1143 e 1148), o TSE resolver assentar que não conhecia de consulta eleitoral quando a lei de regência era de dignidade constitucional. Porem, mais adiante, através da Consulta n.º 1.154, de 4 de outubro de 2005, o TSE reafirmou a tese vitoriosa na Consulta n.º 1153, cuja ementa foi acima transcrita. Alias, quanto a essas duas ultimas Consultas (n.º 1153 e n.º 1154), impende informar que foram convertidas, respectivamente, nas Resoluções n.º 22.045 e 22.095, ambas gozando, portanto, de força de lei no âmbito da corte.

<sup>60</sup> Tem sido tradição no TSE considerar que suas próprias resoluções têm força de lei ordinária, consoante exemplifica, a inteligência do acórdão do Resp. Eleitoral n.º 1943/RS, citado por Edson de Rezende Castro, op.cit., p.48.

## 9 Poder Regulamentar

Talvez a mais controvertida competência da Justiça Eleitoral, o poder regulamentar tem reservado aos estudiosos do direito público os mais acalorados debates. Inspirada na mesma atribuição que o chefe do executivo detém para fazer cumprir as leis administrativas, o poder regulamentar no direito eleitoral consiste, *prima face*, no poder-dever da Justiça Eleitoral em dar consecução aos comandos das leis eleitorais.

É elementar no campo do direito administrativo que, a despeito do Poder Legislativo produzir a norma legal, prevendo situações gerais e em abstrato, o Poder Executivo possui competência para operacionalizar os comandos legais, através da edição de regulamentos administrativos, como soe dizer Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>61</sup>:

Compreende-se que o titular da competência para determinar estes critérios ou padrões seja o Chefe do Poder Executivo, pois ele é o supremo hierarca da Administração. Donde, a ele e não a outrem é que o Texto Constitucional haveria de atribuir, como atribuiu, titulação para expedir os regulamentos. Assim, o Chefe do Poder Executivo, exercendo seu poder hierárquico, restringe os comportamentos possíveis de seus subordinados e especifica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder. Destarte, uniformiza, processual e materialmente, os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos.

Ora, se no campo do direito administrativo é do chefe do executivo o poder-dever de emitir regulamentos, para dar fiel consecução ao conteúdo das leis, por outro lado, na seara do direito eleitoral, o titular dessa atribuição é a própria Justiça Eleitoral, que funciona como o administrador das eleições, conforme se disse alhures, e vai especificar pormenorizadamente as leis eleitorais.

Assim, como o decreto ou a instrução normativa encerram, via de regra, regulamentos capazes de especificar os comandos gerais e abstratos da lei, disciplinando a relação jurídica Administração x Administrados, as resoluções da Justiça Eleitorais determinarão o conteúdo próprio das leis eleitorais, tratando de reger a relação: Judiciário Eleitoral (Administração Eleitoral) x Jurisdicionados (Administrados Eleitorais: Partidos, Candidatos, Coligações, Eleitores etc).

---

<sup>61</sup> Idem, p.305.

Sendo desta maneira, há de haver na legislação eleitoral uma reserva legal capaz de dar a Justiça Eleitoral, esse mesmo poder-dever regulamentar que recebe o titular do poder executivo, em razão da parte final do art. 84, IV da Constituição Federal, *verbatim*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(omissis)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

De fato, trasladando esse mesmo raciocínio que se emprega para destacar que há uma analogia entre os regulamentos administrativos, provenientes do executivo em matéria de direito administrativo, e os regulamentos eleitorais para o direito eleitoral, é certo dizer que há no sistema legislativo-eleitoral normas que facultam à Justiça Eleitoral o exercício desse atributo *sui generis*. O Código Eleitoral, p.e., no parágrafo único do art. 1.º e em seu art. 23, IX, preceitua que:

Art.1.º - Este Código contem normas destinadas a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.

Art. 23. Compete, ainda, privativamente ao Tribunal Superior:

(Omissis)

IX – expedir as instruções que julgar convenientes a execução deste Código;

Na Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97), também há comando explícito a respeito do poder regulamentar da Justiça Eleitoral, precisamente do Tribunal Superior Eleitoral, de acordo com o art. 105, *caput*: Até o dia 5 de marco do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.

Ou seja, no plano legal há a previsão de que o órgão máximo da Justiça Eleitoral pode editar normas capazes de especificar o alcance e o conteúdo da legislação eleitoral, estabelecendo, inclusive, com relação ao processo eleitoral, um prazo limite temporal para a edição de tais resoluções, como no caso do dispositivo acima mencionado<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Com efeito, o TSE costuma editar as principais resoluções que regem o processo eleitoral, dentro desse prazo, p.e., editando as resoluções do processamento de registro, da propaganda eleitoral, da prestação de contas, do

Pedro Roberto Decomain<sup>63</sup>, dissertando sobre a competência do TSE para expedir resoluções, acrescenta que:

A regulamentação genérica de todas as eleições cabe unicamente ao Tribunal Superior Eleitoral. Podem surgir, todavia, situações peculiares a determinado Estado, ao Distrito Federal, a certas Zonas Eleitorais ou mesmo Municípios, que não se mostrem solucionáveis através da aplicação das regras do Código Eleitoral, ou desta lei, ou ainda de regulamentação expedida pelo TSE. Para tais situações podem ser expedidas Resoluções complementares pelos Tribunais Regionais, sem qualquer ofensa ao poder regulamentar do TSE. Também os Juizes Eleitorais podem suprir, por decisões suas, eventuais omissões do Código, desta lei (Lei Eleitoral) ou da sua regulamentação geral, expedida pelo TSE, em temas específicos das Zonas Eleitorais em que atuem.

De outra banda, esse poder regulamentar, por muitos chamados de poder normativo, tem palpitado ainda mais controvérsias entre os estudiosos do direito eleitoral, quando se parte para perquirir se os regulamentos emanados da Justiça Eleitoral - editados por força daqueles preceitos legais descritos - podem inaugurar regramento novo em nosso ordenamento jurídico (poder regulamentar autônomo), ou apenas se limitam a executar aquilo que a lei já prevê, sendo esse o problema que se propõe a investigar nesta dissertação de mestrado, enfrentando especificamente esse tema nos capítulos seguintes.

Como já mencionado acima, na teoria geral do direito administrativo, o regulamento tem haver com os atos emitidos pelo Chefe do Poder Executivo, pois este é a pessoa legitimada para responder em nome da Administração Pública de uma maneira geral. Em se tratando, porém, de administração eleitoral é cediço que esse múnus público fica ao encargo da Justiça Eleitoral, órgão estatal que controla e jurisdiciona as eleições no Brasil.

---

processamento das reclamações e representações eleitorais, dentre outras. Porém, na prática o TSE acaba não respeitando esse limite temporal previsto na Lei das Eleições, sobretudo naquilo que toca a propaganda eleitoral, pois a experiência demonstra que aquela corte chega a editar regulamentos, ou mesmo modificar seus próprios regulamentos, nas vésperas do pleito, como aconteceu, *verbi gratia*, na edição da **Res. TSE n.º 21.235**, datada de 05 de outubro de 2002, portanto na iminência da realização do primeiro turno das eleições daquele ano. De acordo com a aludida resolução, o TSE interpretou que não há proibição de os comitês eleitorais e as sedes de partidos políticos funcionem no dia da eleição, para permitirem que os eleitores possam pedir material de campanha de seus candidatos. Nesse caso concreto, há uma clara demonstração do caráter dinâmico e informal da Justiça Eleitoral, uma vez que se originou a Resolução de um pedido de esclarecimento formulada por uma das coligações concorrentes aquele pleito (questão de ordem, cuja relatoria pertenceu ao eminente Min. Fernando Neves).

<sup>63</sup> **Eleições:** comentários a lei n.º 9504/97. São Paulo: Dialética, 2004, p. 431. De acordo com esse magistério, o poder regulamentar deve ser exercido exclusivamente pelo TSE, à exceção das hipóteses em que a própria lei ou a Resolução do TSE autoriza que seja feita ao TRE, ou a Zona Eleitoral. Como, p.e., na hipótese da anulação de eleição municipal, onde por força do art. 224 do CE haverá uma nova eleição realizada pelo TRE, dentro de 20(vinte) a 40(quarenta) dias da declaração de nulidade da eleição primeira. Nesse caso, mister assinalar que o TRE deve editar uma Resolução específica a fim de regulamentar a nova eleição.

Ora, se a Justiça Eleitoral deve coordenar os certames eleitorais em todas as suas fases e dizer a interpretação da lei eleitoral, então naturalmente há que se lhe acudir a função de órgão regulamentar de todo esse processo, quer dizer, a ela deve ser conferido o poder-dever de editar regulamentos próprios em matéria eleitoral, da mesma forma em que se é delegada a mesma faculdade ao titular do executivo, em matéria administrativa ordinária.

Desta forma, uma vez que o objeto da presente investigação científica é saber sobre a natureza jurídica dos regulamentos eleitorais, conveniente recorrer à classificação corrente na doutrina administrativista, para se extrair a lógica desse sistema, que certamente empresta muita semelhança ao sistema normativo-eleitoral.

Pois bem, há se ressaltar que, em nosso ordenamento, toda a teoria dos regulamentos eleitorais derivada das lições de administrativistas e da jurisprudência do STF, de modo que somente através de uma análise desses dois fatores jurídicos é que o fenômeno *poder regulamentar da Justiça Eleitoral brasileira* vai poder ser melhor elucidado.

Sem embargo dessa ligeira advertência, razoável partir da premissa que nossas discussões gravitaram em torno das duas espécies de regulamentos apontados na doutrina pátria e alienígena, a saber, os regulamentos executivos e os regulamentos autônomos.

O Regulamento Executivo, com efeito, é aquele que se relaciona com o poder-dever inerente aos titulares da Administração na medida em que promovem a fiel execução das leis. Segundo a doutrina pátria corrente, essa espécie de regulamento possui natureza de norma jurídica secundária, porquanto não inaugura disciplina nova em nosso ordenamento jurídico, estando posicionada hierarquicamente abaixo da Lei na classificação piramidal kelseneana. É que tal espécie de regulamento, por retirar seu fundamento de validade da norma legal, e não diretamente da Constituição como o faz a própria lei, acaba por representar uma vontade estatal-normativa secundária.

Assim, por adotar como esteio de validade um diploma jurídico já editado com base na Constituição, o regulamento executivo não é passível de submeter-se a um controle abstrato de constitucionalidade, mas sim a um controle de legalidade, sendo certo afirmar que o STF, a par de sua remansosa jurisprudência, não tem admitido o controle de constitucionalidade de normas

secundárias, uma vez que o fundamento de validade de tais regulamentos é buscado em uma norma intercalar, geralmente considerada como lei.

De outra banda, tem-se o Regulamento Autônomo, diametralmente oposto ao primeiro, vez que cria regra nova no ordenamento jurídico sem, entretanto, depender do processo legiferante clássico. Em verdade, essa espécie de regulamento retira seu fundamento diretamente da Constituição, dispensando autorização legislativa para gerar efeitos, pois, ademais, constitui uma *reserva normativa da administração*<sup>64</sup>, por meio da qual o legislador não pode usurpar a competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

Por não depender de norma intermediária para buscar seu fundamento de validade, os regulamentos autônomos são considerados vontade estatal-normativa primária, e ainda que não tenham advindo do clássico processo legislativo, reivindicam tratamento igual ao da lei, e por isso estão aptos a serem submetidos a um controle objetivo de constitucionalidade, típico das normas legais, mormente porque, tais quais as normas legais, esses regulamentos estão dotados dos atributos de generalidade, impessoalidade e abstratividade.

Não se pode deixar de reconhecer também a existência dos chamados Regulamentos Independentes, cuja conceituação estaria numa faixa intermédia entre a noção de regulamento executivo, porquanto retire seu fundamento de validade da própria lei em sentido formal, e a idéia de regulamento autônomo, pois assim como este também preenche um vazio jurídico.

Conforme se nos afigura, os regulamentos independentes são essencialmente *praeter legem*, ou seja, eles partem do texto da Lei em sentido formal, mas concebem comandos para além desta, vinculando relações que, a despeito de imprevistas pela legislação, não se poderiam jamais deixá-las sem regulamentação.

Ou seja, esta espécie de regulamento atua por imperativo da necessidade jurídica, preenchendo os vácuos normativos que o legislador inobservou. A razão de ser desses

---

<sup>64</sup> Quanto a essa expressão deve-se entendê-la como oposição ao significante reserva legal. No mesmo sentido, Hugo Machado noticia: “Há quem sustente a existência do regulamento autônomo, argumentando no sentido de que não obstante o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei existem espaços jurídicos nos quais o Presidente da República, no uso de sua competência administrativa, pode estabelecer normas. E, se assim é, pode baixar regulamento que as contenha.”. Em sua obra: **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 126.

regramentos é a completude do ordenamento jurídico, que ante as omissões indesejáveis do Legislador, exige do administrador o emprego do poder normativo, a fim estabelecer parâmetros lógico-rationais para condutas em abstrato, até que os vácuos legislativos sejam integrados pela Lei em sentido formal.

Estabelecer o instrumental teórico para a classificação das resoluções do TSE, à luz dessas três espécies de regulamentos, é a missão que adotaremos neste capítulo. Para tanto, vai-se percorrer as conceituações mais diversas sobre o poder regulamentar em literatura jurídica portuguesa e brasileira, para dominando essas categorias de normas essencialmente administrativas, assentarem os regulamentos eleitorais brasileiros na correta classificação.

Para o mestre Gomes Canotilho, “o regulamento é uma norma emanada pela administração no exercício de função administrativa e, regra geral, com carácter executivo e-ou complementar da lei. É um acto normativo e não um acto administrativo singular; é um ato normativo, mas não um ato normativo com valor legislativo”<sup>65</sup>.

Ou seja, para Canotilho, os regulamentos não encerram uma manifestação da função legislativa, mas sim são produtos da função administrativa, constituindo-se em normas jurídicas secundárias, porquanto situadas, de acordo com o modelo piramidal kelseneano, num plano normativo abaixo da lei. Não criam, portanto, disciplina nova em nosso ordenamento, e estão submetidos ao controle de legalidade administrativa.

A despeito dessa definição eminentemente executiva para os regulamentos, esse ilustre constitucionalista reconhece que o poder regulamentar deve ter fundamento jurídico-constitucional, *verbis*:

O fundamento do poder regulamentar a ter em conta é o fundamento jurídico do poder regulamentar e não a justificação política, material ou prática da atribuição de poderes normativos à administração. Quanto ao fundamento jurídico do poder regulamentar, foram abandonadas as primitivas justificações (poder próprio e inerente a qualquer administração, expressão do poder discricionário de administração), considerando-se que o poder regulamentar encontra o seu fundamento na própria constituição<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1998, p. 731.

<sup>66</sup> Op. cit., 731-732.

Narrando a experiência portuguesa atual, Canotilho anota que o estudo da relação Lei e Regulamento não pode se desvencilhar de três princípios, a saber: *princípio da reserva legal*, através do qual a Constituição reserva à lei em sentido estrito a regulamentação de determinadas matérias; *princípio do congelamento hierárquico*, segundo o qual, regulada por lei uma determinada matéria, somente uma outra lei poderá incidir sobre o mesmo objeto, seja interpretando-a, alterando-a, ou revogando-a; *princípio da precedência da lei*, de acordo com o qual não existe poder regulamentar sem fundamento numa lei prévia anterior.

Quanto aos regulamentos autônomos, distintos daqueles executivos e complementares aos quais alude como objeto principal e quase exclusivo da administração, o mestre lusitano dá a entender que são admissíveis enquanto relacionados aos entes autônomos, quais as autarquias especiais, mas ressalva que:

As relações entre a lei e os regulamentos dos entes autônomos não é inteiramente semelhante à dos regulamentos da administração central. Os regulamentos das autarquias locais não são meros ‘prolongamentos das leis’ mas a manifestação de um poder normativo descentralizado<sup>67</sup>.

Entretanto, o significante “regulamento autônomo” para Canotilho não coincide com a acepção corrente em nosso ordenamento, pois, conforme se entende da leitura de sua obra, o Mestre de Coimbra baseia-se no modelo de Estado Português para traçar os contornos do instituto, sendo interesse destacar que a Constituição Portuguesa define o Estado Unitário, dividido em regiões que detém autarquias com relativa autonomia, atributo esse que, dado pela própria carta portuguesa, se distingue bem do nosso modelo.

Representante da clássica doutrina corrente no Brasil que reduz os regulamentos aos regulamentos executivos, Celso Antônio Bandeira de Mello parte da premissa de que “é absolutamente ingênuo e impróprio caracterizar o regulamento, em nosso Direito, buscando assimilações com o Direito alienígena ou pretendendo irrogar-lhe potencialidades normativas que lhe são conferidas em sistemas alheios [...]”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Idem, p. 740.

<sup>68</sup> Op. cit., p. 295.



Para Bandeira de Mello, a natureza do regulamento indica um dever jurídico de delimitar no âmbito interno da administração, a esfera de discricionariedade, com vistas a assegurar o referido princípio da igualdade, através da imposição de um comportamento uniforme perante situações similares.

Discorrendo sobre os limites do poder regulamentar do Direito brasileiro, o mestre administrativista da PUC-SP invoca Pontes de Miranda, cuja doutrina sentencia que, “sempre que no ordenamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico”<sup>69</sup>.

Partindo do pressuposto de que o governante não pode desrespeitar as garantias do administrado, Celso Antônio preconiza por quê não se admite regulamento fora dos limites traçados pela lei em sentido formal:

Se fosse possível, mediante simples regulamentos expedidos por presidente, governador ou prefeitos, instituir deveres de fazer ou não fazer, ficariam os cidadãos à mercê, se não da vontade pessoal do ungido no cargo, pelo menos, da perspectiva unitária, monolítica, da corrente de pensamento de que estes se fizessem porta-vozes.

Mas não só isto, entretanto. Ainda há mais.

O próprio processo de elaboração das leis, em contraste com o dos regulamentos, confere às primeiras um grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa muitas vezes superior ao dos segundos, ensejando, pois, dos administrados um teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores.

É que as leis se submetem a um trâmite graças ao qual é possível o conhecimento público das disposições que estejam em caminho de ser implantadas. Com isto, evidentemente, há uma fiscalização social, seja por meio da imprensa, de órgãos de classe, ou embarga eventuais direcionamentos incompatíveis com o interesse público em geral, [...].

Já, os regulamentos carecem de todos estes atributos e, pelo contrário, propiciam as mazelas que resultariam da falta deles, motivo pelo qual, se são perfeitamente prestantes e úteis para a simples delimitação mais minudente das providencias necessárias ao cumprimento dos dispositivos legais, seriam gravemente danosos – o que é sobretudo claro em pais com as características políticas do Brasil – se pudessem, por si mesmos, instaurar direitos e deveres, impondo obrigações de fazer ou não fazer.

Deveras, opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Pontes de Miranda apud Bandeira de Mello, idem, p.307.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 320-321.

Conforme se percebe da doutrina de Celso Antônio, esse prestigiado administrativista mantém firme o viés formal de uma teoria dos regulamentos, aproximando-se muito mais de uma visão formal constitucional do que propriamente da teoria material da Constituição.

Diógenes Gasparini, por sua vez, define poder regulamentar enquanto “a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos chamados de regulamentos, compatíveis com a lei e visando a desenvolvê-la”<sup>71</sup>.

Desta sucinta definição depreende-se desde logo que o festejado administrativista reconhece a necessidade de o regulamento desenvolver o que prevê o texto da lei, portanto indo além desse, embora guardando o regulamento com a lei uma relação de submissão hierárquica. É dizer, para Diógenes Gasparini, a Administração tem a necessidade premente de normatizar algumas relações jurídicas de direito administrativo, de acordo com a estrutura semântica textual da lei, deduzindo aquilo que não ficou expresso na norma.

Gasparini<sup>72</sup> assim o faz, fincando seu raciocínio no fato de que:

O Legislativo, ademais, não pode tudo prever, sob pena de abdicar de sua posição de legislador, conforme ensina Afonso Rodrigues Queiró. Para os que assim entendem, e entre eles nos incluímos, o Chefe do Poder Executivo pode exercitar essa atribuição, mesmo que sobre tal competência nada disponha o ordenamento jurídico.

Desta forma, esse eminente mestre acaba por reconhecer que os regulamentos devem partir da lei e seguir para além dela, sempre que a textualidade legal não resolva todos os casos relacionados com a que se propõe, ou seja, regulamentos são normativos que o chefe do executivo emite segundo a lei, sendo essa premissa um *a priori*, mas uma vez que o legislador tenha deixado algum vazio jurídico – e em sua opinião isto é muito natural – há de chefe do executivo preencher essa indesejável lacuna, visando solucionar o problema, fazendo uso de tal prerrogativa que lhe confere o ordenamento.

Essa linha de pensamento de Gasparini nasce do reconhecimento de que os regulamentos têm fundamentos políticos e jurídicos, os quais misturados em sua argumentação anotam que: o ordenamento dota o executivo de conveniência e oportunidade, para pormenorizar a lei, afinal

<sup>71</sup> **Direito administrativo.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.121.

<sup>72</sup> Op. Cit., p. 122.

está a administração bem mais aparelhado do que o legislativo para disciplinar certas matérias, bem como é aconselhável que a própria administração possa resolver internamente seus problemas de estrutura administrativa.

Mais especificamente quanto ao fundamento jurídico para o fenômeno, Diógenes Gasparini assinala:

[...] o fundamento constitucional é o inciso IV do art. 84 da Lei Maior, em relação à União. No que diz respeito aos Estados-Membros e Municípios, são dispositivos semelhantes consignados nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais. O fundamento legal, ainda entre nós, está nas próprias leis. Nessas, um de seus últimos artigos, quase sempre outorga ao Chefe do Poder Executivo, a quem cabe executá-la, a competência para expedir regulamento necessário à sua execução. Tal outorga é supérflua, em face a atribuição ampla para prover a regulamentação dada ao Executivo pelo citado inciso IV do art. 84 da Constituição da República. De sorte que, mesmo inexistindo essa outorga legislativa, o Executivo pode regulamentar a lei omissa nesse particular. Diga-se, por fim, que mesmo na ausência dessas prescrições, no vazio legislativo, seu exercício seria do Executivo, tendo em vista a natureza originária dessa atribuição.<sup>73</sup>

Categoricamente, reiterando a tese acima destacada, D. Gasparini complementa:

É originária (a atribuição regulamentar), pode-se dizer. Com efeito, para expedir os atos que visam executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização legal específica ou constitucional genérica. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, e essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função.

[...]

A natureza (da atribuição regulamentar) ainda é originária (decorrem da própria essência da função administrativa) nos casos de regulamentos autônomos, porque a edição desses atos, nos países que os acolhem, independentemente de existência de uma lei que os reclame, também é inerente à função administrativa. Essa atribuição, portanto, não é derivada da lei, como querem alguns, salvo no que respeita ao regulamento delegado. Para edição desse ato há, nos ordenamentos que o admitem, que existir uma prévia autorização legislativa<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Idem., p. 122.

<sup>74</sup> Idem., p. 123. Nesse sentido é conveniente anotar o magistério disse Victor Nunes Leal, *apud* André Rodrigues Cyrino (op. cit., p.92), sobre o caráter complementar dos regulamentos administrativos, o qual defende que: Se o Congresso pode regular um assunto nos seus mínimos detalhes e não o faz, deixando margem para o regulamento, temos, praticamente, uma situação que se assemelha à delegação [...] quando estamos diante de uma delegação legislativa permitida, o conceito de regulamento ficará muito mais fácil e acessível: bastará que se contenha nos limites da lei para que o regulamento seja válido e eficaz, podendo por isso mesmo, abrigar inovações expressa ou implicitamente permitidas pela lei. [...] o regulamento, dado o seu papel de texto complementar da lei, envolve sempre a idéia de lacuna legislativa, o que equivale a dizer que contém sempre resíduo legislativo, uma certa medida de autoridade delegada.

Segundo a doutrina de Eros Roberto Grau<sup>75</sup>, os regulamentos são normalmente classificados pelos nossos publicistas em quatro espécies, a saber:

- Regulamentos Executivos (ou de Execução), que se destinam ao desenvolvimento de textos legais, tendo em vista a fiel execução da lei;
- Regulamentos Delegados, que são decorrentes de delegação legislativa, nos quais o Poder executivo emana como manifestação unilateral de sua vontade, suficiente para inovar a ordem jurídica;
- Regulamentos Autônomos (ou Independentes) são os que, consubstanciando inovação na ordem jurídica, emanam do Poder Executivo não como mero desenvolvimento de lei anterior e independentemente de delegação legislativa; são expressões da prerrogativa do exercício de funções normativas pelo Poder Executivo;
- Regulamentos de Urgência ou Necessidade, que seriam aqueles emanados do Poder Executivo em situação excepcional, de verdadeiro estado de necessidade, para impedir danos ao interesse público, que seriam evitados senão mediante a sua emanção.

Discorrendo sobre essa classificação da doutrina pátria, que inadmitte os regulamentos delegados e os regulamentos autônomos entre nós, esse grande Ministro do STF preceitua que:

A única função dos regulamentos de execução, no direito brasileiro, seria a de desenvolver a lei, no sentido de deduzir os diversos comandos já nela virtualmente abrigados (não, pois, a de explicitar ou explicar a lei, de enunciar a interpretação da lei ou de a desenvolver – no sentido de expressar o que não está expresso no alcance das disposições legais). Seu objeto seria a *discricionarietà administrativa* no cumprimento da lei, da qual resultariam diferentes comportamentos administrativos possíveis (por isso, os regulamentos poderiam apenas estabelecer regras e padrões a serem adotados pelos agentes da Administração, quando de sua atuação, como meio para o cumprimento da lei; apenas poderiam indicar a maneira a ser observada a lei, não poderiam gerar obrigações ou direitos novos, isto é, não previamente contidos em lei). O poder hierárquico seria o fundamento da função regulamentar; seus destinatários, exclusivamente os agentes da Administração. Os regulamentos definiriam a maneira de proceder dos agentes da Administração, no cumprimento da lei; não poderiam, portanto, em nenhuma hipótese, vincular o comportamento dos particulares.

Essa doutrina, como se vê, adota uma visão inteiramente errônea da teoria da tripartição dos poderes, concebendo-a como proposta de separação e não de equilíbrio entre os poderes, além de prestar acatamento exagerado, e radical, à ideologia liberal. Por isso mesmo, ignora a realidade, supondo-a existente em função do direito...Em favor dessa doutrina, a Constituição brasileira de 1988 refere, no § 4.º do seu art. 60, com todas as suas letras, a “separação dos poderes”! Esse texto, não obstante, deve ser interpretado, o que importará interpenetração entre o mundo do dever-ser e o mundo do ser, além de uma necessária reflexão, para o quê não basta, a quem pretende interpretar, ser

---

<sup>75</sup> Cf. Op. cit., p. 244-245.

alfabetizado. O tratamento do direito não é acessível a amadores; nem mesmo a profissionais desatualizados em relação à evolução do pensamento jurídico.<sup>76</sup>

Analisando a relatividade do princípio da legalidade expresso no art. 5.º, II, da Lei Maior, segundo o qual: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, Eros Grau demonstra que não fosse interesse do constituinte relativizar esse princípio, não teria a Carta da República absolutizado o princípio da legalidade nos seus artigos 5.º, XXXIX; 150, I; 170, parágrafo único. De fato, esse raciocínio coaduna-se perfeitamente com o fato de que não existem palavras inúteis na Constituição, pois não fosse exatamente assim, a própria inserção do princípio da legalidade no art. 5.º, II, da Lei Maior seria supérflua.<sup>77</sup>

Continuando sua linha de argumentação, Eros Grau acentua que:

Se há um princípio da reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei –, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamento; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias não cabem regulamentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda – verba cum effectu sunt accipienda.<sup>78</sup>

De outra banda, e dissertando sobre o controvertido poder regulamentar autônomo do Presidente da República, André Robrigues Cyrino revela que, um traço marcante dos regulamentos autônomos é sua fundamentação direta no texto constitucional, reconhecendo atribuições inerentes à administração, que funcionam como uma reserva normativa privativa dos chefes do poder executivo, não se podendo confundi-los com os denominados regulamentos independentes, veja-se:

Regulamentos autônomos são aqueles que têm fundamento direto no texto constitucional, que delimita uma esfera de conteúdos reservados ao regulamento. Trata-se de um campo material no qual o legislador não pode interferir. Já os regulamentos independentes, ou regulamentos praeter legem, são os que existem no espaço deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal, num campo de poderes residuais. A relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto que a relação entre a lei e o regulamento independente é de hierarquia.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Op. cit., p. 246.

<sup>77</sup> Cf. ob. cit., p. 247.

<sup>78</sup> Idem.

<sup>79</sup> Op. cit., p. 94.

Eros Roberto Grau, por sua vez, considera que, o regulamento autônomo equivaleria ao regulamento independente, assumindo contornos distintos do conceito supra, porquanto os fundamentos desses regulamentos decorreriam de atribuição implícita da Carta Constitucional, de acordo com os seguintes termos:

Os regulamentos autônomos ou independentes são emanados a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanção é indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência.

Verifica-se, portanto, no caso deles, atribuição implícita do exercício de função normativa na destinação de determinada competência ao Executivo. O exercício da função administrativa impõe, em certos casos, o exercício ancilar de função normativa. Exemplifico com o art. 21, XII, da Constituição de 1988, que assinala a competência da União – Executivo – para explorar determinados serviços públicos. Quando essa exploração se dá mediante autorização, permissão ou concessão, se impõe a emanção de regulamento autônomo para regulamentar a exploração dos serviços. Outros exemplos encontraremos nos incisos IX, X, XI do art. 84, e seu parágrafo único, do texto constitucional.

O Executivo, ao editar esses regulamentos, fica sujeito a limitações decorrentes da atribuição implícita, evidentemente neles podendo definir-se a imposição, inclusive, de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.<sup>80</sup>

Já Diógenes Gasparini, ao seu turno, definiu o regulamento autônomo, coincidindo-o com os regulamentos independentes, como decorrentes de atribuição explícita ou implícita dada pelo texto constitucional ao poder executivo, pois, para ele:

Regulamentos autônomos ou independentes são aqueles editados pela autoridade competente para dispor sobre as matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo. Constituem reminiscências do antigo poder de legislar, dantes concentrado nas mãos dos Chefes de Estado. Não estão atrelados a nenhuma lei, nem dependem de qualquer delegação prévia do Legislativo. A reserva pode ser explícita (a Constituição prevê a utilização do regulamento autônomo) ou implícita (há reserva da matéria em favor do Executivo, sem lhe atribuir expressamente a atribuição regulamentar). Esses regulamentos, entre nós, ora existiram, ora não<sup>81</sup>.

Sobre a existência dos denominados regulamentos independentes, sob a forma de decreto, a doutrina pátria já os admitia também na obra de Hely Lopes cuja lição ensina que:

<sup>80</sup> Op. cit., p. 253.

<sup>81</sup> Op. Cit., p. 126. Essa observação não dispensa a correção de que o citado administrativista confunde os regulamentos autônomos com os regulamentos independentes.

(regulamento independente) é o que dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas. [...] os decretos autônomos ou independentes não substituem a lei: suprem, apenas, a ausência naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que lei disponha a respeito. Promulgada a lei fica superado o decreto<sup>82</sup>.

Desmentindo toda uma tradição há muito inquestionável pela maioria dos administrativistas pátrios - dos quais Bandeira de Mello tem sido um expoente – que sustentam a

---

<sup>82</sup> Apud André Rodrigues, ob. cit., 132. Nesse caso veja que Hely Lopes empregou indistintamente as expressões regulamento autônomo por regulamento independente, mas parece incorreto essa indiferença. Assim, parece-me escorrido que regulamento independente seja uma coisa bem distinta do regulamento autônomo, pois conforme demonstrou Gasparini, regulamentos autônomos retiram fundamento diretamente da constituição e aqueles outros preenchem um vazio legislativo que se desfaz com o advento do diploma legal disciplinador. Aliás, nesse sentido também nos parece que ao editar um regulamento independente a Administração busca integrar o ordenamento, preenchendo uma lacuna jurídica. Dissertando sobre a completude do ordenamento jurídico Norberto Bobbio ensina:

“Entende-se também por “lacuna” a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe.

[...]

Que existem lacunas ideológicas em cada sistema jurídico é tão obvio que não precisamos nem insistir. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito, pelo menos nenhum ordenamento jurídico positivo. Somente o ordenamento jurídico natural não deveria ter lacunas ideológicas;

[...] o dogma da completude está diretamente ligado à concepção estatal do Direito, não se deve porém acreditar que a completude de um ordenamento está confiada unicamente à norma geral exclusiva, quer dizer, à regra pela qual cada caso não-regulamentado é regulamentado pela norma que o exclui da regulamentação do caso regulado.

[...]

Para se completar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes que podemos chamar, segundo a terminologia de Carnelutti, de heterointegração e de auto-integração. O primeiro consiste na integração operada através do:

a) Recurso a ordenamentos diversos;

b) Recurso a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a lei).”, em **Teoria do ordenamento jurídica**. 10.ed. Brasília: Ed. UnB, 2000 .140-146.

Pois bem, no caso do regulamento independente ou “*praeter legem*” há justamente uma tentativa de heterointegração de que menciona Norberto Bobbio, porquanto se está usando o decreto como sucedâneo da lei, uma vez que o regulamento independente descobre a *ratio essendi* de o diploma legal, o qual se julgava completo, de modo que nessas circunstâncias um regulamento meramente executivo olvidaria hipóteses semelhantes às contempladas pela Lei. Esta verdade encontra respaldo em um velho, mas atual brocardo jurídico que diz: “onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito” (*Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*).

Dissertando sobre as lacunas do ordenamento jurídico positivo, Eros Roberto Grau, criticando a visão formalista e positivista do direito em confronto com o que denominou de doutrina real do direito, assenta que: “Em primeiro lugar, um positivismo jurídico não pode admitir a presença de lacunas, que, não obstante, manifestam-se no sistema jurídico. Como, em regra, os positivistas não reconhecem nos princípios o caráter de norma jurídica, quando se defrontam com lacunas não apresentam para elas soluções materiais; a sua integração se dá à margem da chamada ciência do direito, ou seja, do pensamento jurídico”. Certamente, um dos fatores que levam os doutrinadores em direito administrativo nacional a refugar a idéia de regulamentos independentes ou mesmo autônomo em nosso ordenamento seja esse formalismo jurídico criticado por Eros Grau. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

todo custo inexistir regulamento autônomo em nosso ordenamento, o advento da Emenda Constitucional n.º 32 parece ter erradicado de vez qualquer dúvida a respeito do tema.

Com efeito, o art. 1.º da mencionada emenda constitucional reformadora alterou o texto do inciso VI do art. 84 da Carta Maior, determinando-lhe nova redação, para conferir ao Presidente da República ampla autonomia no sentido de movimentar a organização e o funcionamento da Administração, vejamos:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) A organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) A extinção de funções ou cargos públicos quando vagos;

Em verdade, com a nova redação das alíneas “a” e “b” do dispositivo constitucional mencionado houve a supressão de competências normativas que antes se ligavam ao Congresso Nacional, para transferi-las ao Chefe do Poder Executivo. A extinção de cargos públicos vagos, por exemplo, dependia de lei antes da mudança, a teor da redação antiga do art. 48, X<sup>83</sup> da CF-88, sendo que, de igual modo, a estruturação e as atribuições dos Ministérios e demais órgãos da Administração foram confiadas ao titular do executivo, modificando-se a redação antiga do art. 48, XI, CF-88<sup>84</sup>.

Complementando o sentido dessa reforma, também foi alterada a redação do art. 88 da CF-88, para torná-lo harmonizado com os dispositivos retro descritos, perceba-se:

Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública<sup>85</sup>.

É dizer, ao Poder Legislativo cabe a criação ou a extinção de Ministérios e órgãos administrativos, mas quem dispõe ordinariamente quanto à estruturação e à atribuição dos órgãos

<sup>83</sup> Como se sabe o art. 48 enuncia competências normativas do Congresso Nacional. Particularmente antes da EC n.º 32, o inciso X possuía a seguinte redação: “X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas”, de modo que após a reforma, seu texto passou a vigora assim: “X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;”.

<sup>84</sup> Redação antiga do art. 48, XI, da CF: “criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública”. Redação nova do art. 48, XI, da CF: “criação e extinção Ministérios e órgãos da administração pública.”

<sup>85</sup> Redação antiga do art. 88 da CF-88: “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios”.



da Administração Pública é o titular do Executivo, que inclusive pode, mediante decreto, extinguir cargos ou funções que estejam vagos, no uso de faculdade normativa autônoma<sup>86</sup>.

Quanto ao tratamento dispensado ao Regulamento Autônomo antes da EC n.º 32/2001, informa André Rodrigues que, o STF nunca havia admitido a possibilidade de regulamentos autônomos no Brasil, filiando-se à posição clássica de que somente seriam possíveis os regulamentos executivos. Sendo assim não se havia de submeter tais atos normativos qualificados ao controle direto de constitucionalidade, uma vez que, pelo caráter meramente acessório do regulamento, não se poderia vislumbrar ofensa direta à Constituição, mas da lei que fundamentou o regulamento<sup>87</sup>.

Noticia esse brilhante administrativista que, por ocasião do julgamento da ADI n.º 561-8 MC-DF, onde se debatia a constitucionalidade de pretensa autonomia do Regulamento dos Serviços Limitados de Telecomunicações (Decreto n.º 177-91), o STF assentou que o conteúdo regulamentar de tal decreto não se sujeitaria ao controle abstrato de normas, porquanto o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117-62) conferiu “um amplo espaço de atuação regulamentar ao Poder Executivo”, estatuinto-se que ante a “preexistência de lei com plena regulamentabilidade, torna-se legítimo o exercício do poder regulamentar”, sem que ocorra a situação de vazio jurídico<sup>88</sup>.

Citando caso em que o STF conheceu de controle de constitucionalidade de regulamento autônomo antes da EC n.º 32, para reconhecer a inconstitucionalidade agitada, Cyrino Rodrigues anuncia que na decisão liminar da ADI n.º 1.398-DF, cujo relator foi o Min.

---

<sup>86</sup> Note que nesses casos a espécie normativa adequada para extinguir tais cargos ou funções não é o mero ato administrativo do Chefe do Executivo, mas ato típico de poder lavrado pelo titular do Executivo, qual seja o decreto. Conforme consenso na doutrina, os regulamentos integram o ordenamento jurídico-administrativo, quer revogando o anterior, quer criando situações novas, disciplinando situações gerais e abstratas, enquanto, o ato administrativo, por seu turno, reduz-se a aplicar a norma jurídica a uma situação concreta, destinando-se reger a um número determinado ou indeterminado de pessoas, de modo que seus efeitos se esgotam com seu simples cumprimento. Os regulamentos emanam de quem a Constituição, a Lei ou decreto normativo atribuir competência (no Brasil, a regra é que venham do Chefe do Executivo), enquanto os atos administrativos emanam de qualquer agente administrativo com delegação para emití-los. Em sentido contrário, José dos Santos Carvalho Filho, (op. cit, p. 53) sustentando a classificação de decretos e regulamentos como mero ato administrativos, e decretos como exercício da função política da competência do Presidente da República. De acordo com o ilustre administrativista, os decretos de intervenção (art. 36, §1º, CF), de estado de defesa (art. 136, §1º, CF) e de estado de sítio (art. 138, CF), ao contrário dos atos administrativos, cuidam de atos políticos e de natureza primária, pois nesses casos haveria emanção direta da Constituição, e somente por essa razão podem ser considerados autônomos.

<sup>87</sup> Idem, p.135.

<sup>88</sup> Idem, p. 136.

Francisco Rezek, o pretório excelso assentou “que os regulamentos editados através de resoluções do Conselho Monetário Nacional, também podem ser objeto de apreciação em controle concentrado se dotadas de generalidade, abstração e autonomia”<sup>89</sup>. Nesse precedente o STF parece ter reconhecido que as Resoluções do CMN, a despeito de procurarem preencher um vácuo jurídico até o advento de lei em sentido formal, não poderiam invadir a competência normativa reserva ao legislador, sob pena de malferir o princípio da separação de poderes.

Todavia, mesmo depois do advento de tal inovação constitucional, a crítica severa de Celso Antônio continua a pesar sobre a existência do regulamento autônomo<sup>90</sup> (ou independentes) em nosso ordenamento, pois por ocasião de sua versão mais atual obtempera:

Advirta-se que vem se disseminando entre algumas pessoas – inclusive entre estudiosos ilustres – o equívoco de imaginar que o art. 84, VI, da Constituição do País introduziu em nosso Direito os chamados “regulamentos independentes” ou “autônomos” encontrados no Direito europeu. Pedimos vênica para expressar que, a nosso ver, este entendimento não é minimamente exato.

De um modo geral, pode-se, esquematicamente, dizer que existem três tipos básicos de regulamento no Direito continental europeu, ainda que nem todas as espécies existam indiferentemente nos vários países: (a) os regulamentos executivos, isto é, de mero cumprimento de lei – tal como ocorre no Brasil, consoante previsão explícita do art. 84, IV, da nossa CF; estes, sim, existem em todos os países europeus; (b) os regulamentos autorizados, por vezes referidos como delegados; e (c) os regulamentos independentes, também chamados de “autônomos”, os quais podem ser (c.1) de administração ou orgânicos e (c.2) regulamentos de regulamentos de polícia.

Ao se iniciar o enfraquecimento das Monarquias na Europa, das quais foi sendo retirado o poder legislativo e transferido aos Parlamentos, considerou-se, à época, que os assuntos de administração não eram “matéria de lei”, mas objeto de competência interna dos reis, ou seja, do próprio executivo, que sobre ela dispunha por meio de atos denominados ordenanças”. Com efeito, o objeto da lei, segundo a concepção da época, era a disciplina da liberdade e da propriedade das pessoas – assunto que parecia substancialmente distinto das disposições preordenadas à regência do aparelho estatal ou de questões que na Alemanha eram havidas como pertinentes à chamada “supremacia especial” da administração (v. Capítulo XIV, subtítulo IV, ns. 12 a 15).

Destarte, regulamentos que dispunham sobre assuntos referidos eram então estranhos aos que, nos Direitos europeus, chamou-se de “reserva de lei”. Podiam, por isto, independentemente de lei, ser editados pelo Executivo. Tais regulamentos é que são os chamados regulamentos independentes ou autônomos, pois ao contrário dos regulamentos executivos, não dependiam de lei alguma e expressavam um poder autônomo do Executivo. Se tais regulamentos foram havidos como uma expressão de poderes naturais do Executivo, mais tarde vieram a ter previsão constitucional expressa. Assim, por exemplo, na França, onde seu âmbito é o mais amplo possível, o art. 34 da

<sup>89</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>90</sup> Nesse sentido, é bem de anotar que esse doutrinador também considera as expressões regulamento autônomo e regulamento independente como equivalentes, tal qual o fez Hely Lopes e Diógenes Gasparini, conforme dantes citamos.

Constituição de 1958 menciona as questões que são “matéria de lei”, e no art. 37 se diz que tudo que não estiver incluído como matéria de lei é matéria de regulamento<sup>91</sup>.

Especificamente sobre a tese de que haja a EC n.º 32 criado um regulamento autônomo no ordenamento nacional, Bandeira de Mello tenta golpear de morte a idéia, nos seguintes termos:

O regulamento previsto no art. 84, VI, I, “a”, da Constituição Brasileira – segundo o qual compete ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” – confere, como resulta de sua disposição textual, poderes muito circunscritos ao Presidente, ao contrário do que ocorre nos regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu.

Com efeito, se o Chefe do Executivo não pode nem criar nem extinguir órgão, nem despesa, que pode ele, então, fazer, a título de dispor sobre “organização e funcionamento da Administração Federal”? Unicamente transpor por uma unidade orgânica menor que esteja encartada em uma unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores – como, por exemplo, passar um departamento de um dado Ministério para outro ou para autarquia, e vice-versa; uma divisão acalorada em certo departamento para outra divisão; e assim por diante. Pode, ainda, redistribuir atribuições preexistentes em dado órgão, passando-as para outro, desde que sejam apenas algumas das atribuições dele – pois, se fossem todas, isto equivaleria a extinguir o órgão, o que é vedado pela Constituição.

Este é o regulamento previsto no art. 84, VI, “a”. Mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências *já criadas* por lei. Como é possível imaginar que isto é o equivalente aos regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu, cuja composição, sabidamente, é muitíssimo mais ampla?<sup>92</sup>

Alinhado ao pensamento de Celso Antônio, José dos Santos Carvalho Filho contesta a tese regulamentar autônoma, bem como minimiza a construção político-jurídica da EC n.º 32/2001, vejamos:

Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que o Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de normas.

Sob a égide da Constituição de 67, sustentava-se a existência de regulamentos autônomos pela circunstância de se conferir ao Presidente da República competência para dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal. A vigente Constituição, entretanto, teve dicção diferente, atribuindo competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal “na forma da lei”, insinuando a

<sup>91</sup> Esse texto se trata de uma inovação doutrinária trazida em seu clássico **Curso de direito administrativo**, a partir da 20. ed. (impressa em 02-2006, pelos mesmos editores das outras versões às p. 315-316), para combater a tese jurídica de que a **Emenda Constitucional n.º 32** não criou regulamento autônomo no Brasil.

<sup>92</sup> Op Cit., 20.ed. 2006, p. 316-317.

supressão de qualquer autonomia normativa para o Presidente da República. A EC n.º 32, de 11/9/2001, porém, modificando o art. 84, VI, da CF, excluiu aquela expressão e retornou ao sistema da Constituição anterior, atribuindo ao Presidente da República competência para dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos”. Em consequência, os simpatizantes da admissibilidade dos regulamentos autônomos poderão reforçar seu entendimento, invocando o novo texto constitucional.

Não obstante, mesmo diante de alteração processada na Constituição, permanecemos fiel ao pensamento que expressamos acima. Aliás, a questão dos decretos e regulamentos autônomos deve ser colocada em termos mais precisos. Para que sejam caracterizados como tais, é necessário que os atos possam criar e extinguir primariamente direitos e obrigações, vale dizer, sem prévia lei disciplinadora da matéria ou, se preferir, colmatando lacunas legislativas. Atos dessa natureza não podem existir em nosso ordenamento porque tanto o art. 5.º, II, da CF, que fixa o postulado da reserva legal a exigibilidade de obrigações. Para que fossem admitidos, seria impositivo que a Constituição deixasse clara, nítida, indiscutível, a viabilidade jurídica de sua edição por agentes da Administração, como o fez, por exemplo, ao atribuir ao Presidente da República o poder constitucional de legislar através de medidas provisórias (art. 62, CF). Aqui, sim, o poder legiferante é direto e primário, mas os atos são efetivamente legislativos, e não regulamentares. Ao contrário, decretos e regulamentos autônomos estampariam poder legiferante indireto e simulado, e este não encontra suporte na Constituição.<sup>93</sup>

Sobre esse mesmo assunto, em posição mais flexível que Bandeira de Mello e Carvalho Filho, Diógenes Gasparini assenta que:

Esses regulamentos (autônomos), entre nós, ora existiram, ora não. Desapareceram com a Constituição Federal de 1988, mas parecem que retornar na medida em que a Emenda Constitucional n. 32/2001 deu nova redação ao inciso VI do art. 84 dessa Lei Maior e lhe acrescentou as alíneas a e b. Alguns autores, como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito administrativo, cit., p. 89), admitem o regulamento autônomo unicamente na hipótese desse inc. VI do art. 84 da Constituição Federal.<sup>94</sup>

Entretanto, é fato que, já tendo por base a nova expressão do art. 84, VI da Carta Constitucional, o Presidente da República editou o Decreto n.º 4010, de 12.11.2001, estabelecendo regramento novo sobre o pagamento dos servidores da Administração Pública Federal, desta feita vinculando a liberação de recursos à sua expressa autorização. Este edito privou de competência administrativa os Ministros de Estados para providenciar em suas respectivas áreas o pagamento de sua folha de pessoal.

Essa espécie normativa foi impugnada, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B que ajuizou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, sob o argumento de malferir o poder de

<sup>93</sup> **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 52-53.

<sup>94</sup> Op. Cit., p. 126.

orientação, coordenação e supervisão dos Ministros de Estados, o que foi conferido pelo parágrafo único do art. 87 da Lei Maior<sup>95</sup>.

Dos debates travados no STF se infere sobre o respaldo constitucional do Decreto Autônomo, note-se:

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Senhor Presidente, estamos diante de uma ação direta de inconstitucionalidade voltada contra decreto, e a Corte tem sido muito rigorosa em admitir o controle concentrado nessas hipóteses.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – (Presidente): É um decreto autônomo.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Passou a ser um decreto autônomo em razão da Emenda n.º 32, de 2001.

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Mas folgo porque vejo o controle concentrado com uma abrangência maior, no que ele acaba por evitar – chegando-se, de imediato, ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal – inúmeros processos. Aqui, temos delegação prevista na própria Constituição Federal, no parágrafo único do art. 84, que dispõe:

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

É certo que não existem limites rígidos, mas pressupõe-se que a confecção da folha ocorra ao abrigo do Princípio da legalidade estrita.

No inciso VI, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32, tem-se a competência para:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Concluo pela improcedência do pedido formulado na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> **Art. 87.** Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

**Parágrafo Único** – Compete ao Ministro de Estado além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I – exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II – expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III – apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV – praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

<sup>96</sup> Conforme íntegra do acórdão da **ADIN n.º 2138-3**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2006.

Em tópico anterior, buscou-se enfrentar um dos grandes dogmas do liberalismo constitucional, qual seja a doutrina da tripartição de poderes, para esclarecer que a luz de uma teoria material da constituição, quaisquer das funções estatais essenciais (órgãos político-estatais) pode assumir um papel que lhe é atípico, em determinadas circunstâncias. Aprofundando agora essa premissa, tentaremos reforçar essa idéia, baseando-se na distinção entre função legislativa e função normativa.

Partindo de uma diferenciação das expressões “poder” e “função”, Eros Roberto Grau houve-se muito bem ao demonstrar que, porquanto o poder estatal compreende várias funções, a classificação das funções estatais em legislativa, executiva e jurisdicional faz mais sentido quando observada sob um prisma institucional (orgânico-formal) do que propriamente adotando um viés material. Veja-se:

Se, porém, pretendermos classificá-las (as funções estatais) segundo um critério material, teremos: a função normativa – de produção das normas jurídicas (=textos normativos); a função administrativa – de execução das normas jurídicas; a função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas.

[...]

Neste ponto impõe-se a determinação de uma precisão a propósito do uso da palavra *poder*. Por outro lado, o poder é expressão de uma capacitação para efetivamente realizar ou impor a realização de determinado fim. Quando nos referimos a poder estatal, visualizamos o poder – político – juridicamente organizado. Assim, se o Estado é uma ordem jurídica, o poder estatal é a capacitação para a realização dos fins dessa ordem. Neste sentido é que Alessi menciona *poder estatal: o poder*, no ordenamento estatal, se traduz em uma função – mas a idéia de função envolve a consideração do poder desde o seu aspecto material. Podemos usar a mesma palavra, todavia, com ênfase não no seu aspecto material, mas no subjetivo. Então, ao referirmos, v.g., os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, estaremos a mencionar os centros ativos de funções, ou seja, os órgãos incumbidos de sua execução (Alessi 1978/14-15).

[...]

Em conseqüência, demonstra-se a correção do anteriormente afirmado. A classificação das funções estatais em legislativa, executiva e jurisdicional é corolário da consideração do poder estatal desde o seu aspecto subjetivo: desde tal consideração, identificamos, nele, centros ativos que são titulares, precipuamente, de determinadas funções. Estas são seus agentes – isto é, finalidades legislativas, executivas e jurisdicionais. Tal classificação, como vimos, tem caráter orgânico ou institucional.

As funções estatais, porém, quando classificadas desde o critério material, levarão à definição de diversa taxionomia. [...] o que nos conduz à seguinte enunciação:

- i) função normativa – de produção de normas jurídicas (=textos normativos);
- ii) função administrativa – de execução das normas jurídicas;

iii) função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas<sup>97</sup>.

Em verdade, Eros Grau apóia-se na doutrina italiana de Alessi que contrapõe as noções de lei e de norma. Para esse mestre italiano, o legislativo também produz certos atos que não são efetivamente voltados à integração do ordenamento jurídico, ou seja, emite atos legislativos que se apresentam como lei apenas em caráter formal, donde se há distinguir lei e norma.

Nesse sentido, norma seria um:

Preceito expresso mediante estatuições primárias<sup>98</sup> (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que lei é toda a estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei<sup>99</sup>. Deste modo, ter-se-ia três espécies de preceitos possíveis: a lei-norma, a lei não-norma e norma não-lei<sup>100</sup>.

É dizer, as *leis-normas* são estatuições primárias que emanadas do legislativo, portanto provenientes de poder originário, prescrevem regramentos (ou principiam valores) dotados de abstração, generalidade e impessoalidade; enquanto as leis não-normas, a despeito de emanarem de poder originário, não emitem comandos dotados de abstração, generalidade e impessoalidade; ao passo que, as normas não-leis, como, por exemplo, os regulamentos, são decorrentes de poder

<sup>97</sup> Op. Cit., p.236-237.

<sup>98</sup> O conceito de estatuições primárias advém da consideração feita pela teoria da norma jurídica, segundo a qual a norma jurídica é a única espécie de norma, dentre as demais (normas moral, social, religiosa, ou de etiqueta) que se impõe aos grupos de força própria, ou seja, a ninguém é dado desrespeitar o ordenamento jurídico do Estado. Norberto Bobbio, tangenciando o tema, pergunta: “Quem decide, em cada sociedade, o que serve e o que não serve? Responde-se: aquele ou aqueles que detêm o poder soberano. É essencial à conservação da sociedade o que de acordo com o momento o poder soberano decide que seja essencial. E por isso, eis a conclusão desta nova teoria: norma jurídica é aquela que, independentemente da forma assumida, de conteúdo que possua, do fim a que se proponha, é estabelecida pelo poder soberano, ou seja, por aquele poder que em uma dada sociedade não é inferior a nenhum outro poder, mas que está em posição de dominar todos os outros. Uma norma é sempre uma expressão de poder. Em toda sociedade existem poderes inferiores e poderes superiores. Remontando do poder inferior ao poder superior, se chegará sempre a um poder que não tem acima de si nenhum outro poder: este é o poder soberano na sua definição tradicional de *summa potestas superiorem non recognoscens* [o poder supremo não reconhece superior]. Pois bem, normas jurídicas são aquelas estabelecidas e impostas por quem detém o poder soberano, qualquer coisa que ordenem, visto que só quem detém o poder está em posição de decidir o que é essencial, e de tornar efetivas as suas decisões.”, em **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. São Paulo: Edipros, 2003. p. 149.

<sup>99</sup> Op. Cit., p. 240-241.

<sup>100</sup> Idem.

derivado, mas podem prescrever regramentos (ou principiar valores) dotados de abstração, generalidade e impessoalidade.

Para Eros Grau, portanto, a função normativa (material) compreenderia a função legislativa e a função regulamentar, típica das instituições - e ainda a função regimental, se considerada a normatividade inerente das cortes judiciais, de modo que “o Legislativo não é um titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como recepção irrefletida da teoria da “separação” dos poderes, à primeira vista, indica<sup>101</sup>”.

Mais adiante, complementa:

A norma jurídica, como anteriormente vimos, é preceito abstrato, genérico e inovador que se integra no ordenamento jurídico. Por isso, não tem existência isolada, mas sim em um complexo de outras normas relacionadas entre si, isto é, no ordenamento jurídico. A função normativa, desde este aspecto, pois, está vocacionada à integração do ordenamento jurídico. Nesse sentido, diviso o fundamento da função normativa, enquanto faculdade a ser exercitada pelo Executivo – função regulamentar – e pelo Judiciário – função regimental –, não na permissão (atribuição) para o seu exercício, mas na vocação do ordenamento jurídico a realizar-se como um todo, para o quê é indispensável a ativação da função normativa em sua globalidade. Isto é, das funções legislativa, regulamentar e regimental, e não apenas da primeira delas.<sup>102</sup>

Conforme já se evidenciou acima, não apenas o poder legislativo tem o condão de inaugurar regramento novo em nosso ordenamento jurídico. Ou, dizendo em palavras diversas, o poder legislativo não detém o monopólio da função normativa, pois outras espécies de normas jurídicas, mesmo não sendo lei em sentido estrito, podem se constituir em atos normativos primários, portanto, sem depender de uma norma intercalar que a aproxime da Constituição Federal, retirando desta o seu fundamento de validade.

São exemplos de espécies normativas primárias situadas do lado de fora do Poder Legislativo, o instituto da Medida Provisória (art. 62, CF), que está apto a gerar efeitos imediatos desde a sua edição, se bem que com prazo determinável para ser convertida em lei; as Resoluções do Senado Federal (art. 52, VII, VIII e IX, CF; art. 155, §2.º, V, *a e b*, CF), que disciplinam os limites e condições para operações de crédito externo e interno dos entes federados, para a

---

<sup>101</sup> Op. Cit., p. 244.

<sup>102</sup> Idem, p. 249.



concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno, para dívida mobiliária, etc.

No mesmo sentido, também se podem citar as espécies normativas dadas pela competência privativa que a Carta Política conferiu aos tribunais judiciais (art. 96, I, a, CF)<sup>103</sup> e aos tribunais de contas (art. 73 a 75, CF), bem como os regulamentos autônomos típicos da EC n.º 32/2001 (art. 84, VI, a, CF), francamente equiparável à lei, conforme emana da inteligência do julgamento da ADI 2.564, anteriormente citada.

Recentemente, com a denominada Reforma do Judiciário patrocinada pela Emenda Constitucional n.º 45, foi criado o Conselho Nacional de Justiça<sup>104</sup>, que aquinhado com o caráter normativo primário dado pelo art. 103-B<sup>105</sup>, §4.º, II, da Lei Maior, teve seu poder

<sup>103</sup> Considerando os regimentos internos dos tribunais como atos normativos ambivalentes: primários e secundários, têm-se as decisões do STF: **ADI 1.098-SP**, Rel. Min. Marco Aurélio; **ADI 1.985**, Rel. Min. Eros Grau; **ADI 2.763**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Seriam secundários porque esses regimentos possuem o dever de observar as normas de processo e de garantias processuais das partes. José dos Santos Carvalho Filho (ob. cit, p. 54) também relaciona os regimentos internos dos órgãos legislativos, bem como os decretos oriundos do exercício da função política de competência do Presidente da República, como sói ser o caso dos decretos de intervenção (art. 36, §1.º, CF), estado de defesa (art. 136, §1.º, CF) e estado de sítio (art. 138, CF). Tirante os regimentos internos dos órgãos do legislativo ousamos não acompanhar a opinião do célebre administrativista, pois as espécies normativas oriundas do exercício da função política de competência do Presidente da República, retro citadas, não se afiguram como atos normativos dotados de generalidade, impessoalidade e abstratividade, o que infirma a pretensão de classificá-los como primários.

<sup>104</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “[...] Tal instituição é o fruto de uma luta de alguns anos, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil e por alguns grupos políticos, para estabelecimento de um controle “externo” do Poder Judiciário. Este – argumentava-se – não prestava contas a qualquer outro Poder, nem ao povo, enquanto o Executivo as presta ao Legislativo pelo controle político que este exerce sobre ele, e o Legislativo, ao povo, nas eleições periódicas. Contra isso levantava-se a tese de que a instituição de tal controle violaria a separação dos poderes seria um atentado contra a “cláusula pétrea” enunciada no art. 60, §4.º, III, da Constituição. [...] Segundo o art. 103-B, §4.º, o Conselho se destina ao controle de atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, em **Curso de direito constitucional**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 267-268. Para Alexandre de Moraes: “[...], independentemente do posicionamento político sobre a conveniência e ou não da criação e existência desse órgão de controle central do Poder Judiciário, três importantes pontos caracterizadores do Conselho Nacional de Justiça afastam a possibilidade de declaração de sua inconstitucionalidade, por interferência na Separação dos Poderes (CF, art. 60, §4.º, III): ser integrante do Poder Judiciário, sua composição apresentar maioria absoluta de membros do Poder Judiciário e possibilidade de controle de suas decisões pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (STF)” em **Direito constitucional**, São Paulo: Atlas, 2006. p.494.

<sup>105</sup> **Art. 103-B.** O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela **Emenda Constitucional n.º 45, de 2004**)

- I - um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
- II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
- III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;
- IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;
- VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

normativo consagrado pela jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, é o que se infere do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12/DF -

---

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

primeira oportunidade que o pretório excelso teve para examinar a questão - proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, sintetizada na seguinte ementa:

**EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.** Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04). Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 09/05, alterando substancialmente a de n.º 07/2005. A Resolução n.º 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução n.º 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos

processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

Conforme se percebe do voto do Min. Carlos Ayres de Britto, que oportunamente funcionou como Relator do acórdão que chancelou a Resolução CNJ n.º 07/2005 - também conhecida de Resolução Anti-Nepotismo - tão-somente se assentou em quatro princípios inseridos no art. 37 da CF/88, a saber: impessoalidade, eficiência, moralidade e igualdade. Nesse sentido, é o que se infere do aludido voto condutor:

[...]

35. O mesmo é de se dizer, acredito, quanto à sintonia de tais conteúdos com os princípios regentes de toda a atividade administrativa do Estado, de modo especial os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (este, somente omitido pelo art. 37 da Constituição porque já proclamado na cabeça do art. 5º e no inciso III do art. 19 da nossa Lei Fundamental).

36. Em palavras diferentes, é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípios como:

I – o da impessoalidade, consistente no descarte do personalismo. Na proibição do marketing pessoal ou da autopromoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que “não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio”. Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado “nepotismo”. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do “cruzamento” (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor);

II – o princípio da eficiência, a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que servidor público é, em verdade, servidor do público. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, se praticadas num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um(a) esposo(a) ou companheiro (a), um(a) sobrinho (a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes

ou não-familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevivência de uma enfermidade mais séria, um trauma psicofísico ou um transe existencial de membros de uma mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que já significa a paroquial fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Pra não dizer a confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos, na contra-mão do insuperável conceito de que “administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia” (Rui Cirne Lima);

III – o princípio da igualdade, por último, pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social.

37. É certo que todas essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (a moralidade administrativa, como se sabe, é outro dos explícitos princípios do art. 37 da CF). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados. Por isso que deixo de atribuir a ele, em tema de nepotismo, a mesma importância que enxergo nos encarecidos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade<sup>106</sup>.

Na verdade, foi determinante para o reconhecimento, na espécie, do poder normativo do CNJ, o argumento de que, em não havendo ofensa ao princípio da reserva legal, então não há se cogitar em quebra da “tripartição de poderes”, afinal o CNJ não havia invadido seara reservada, com exclusividade, ao Poder Legislativo Federal, ou ao Poder Legislativo Estadual.

De toda forma, o poder normativo do CNJ, dado pelo inciso II, art. 103-B, da CF vigente, apresenta-se fora das convenções típicas da teoria do regulamento administrativo, anteriormente demonstrado, pois, parece acertado sustentar que, a espécie de poder regulamentar sob análise não coincide sequer com os ditos regulamentos autônomos definidos pela EC n.º 32-2001, pois nesta haveria uma reserva administrativa impedindo a ação do legislador, que se inobservada atrairia a pecha de inconstitucionalidade, ao passo que, no regulamento fundado inciso II, art. 103-B, da CF tal vedação não parece ser lícita.

Assim, é lícito ao legislador infraconstitucional disciplinar sobre os casos de nepotismo na Administração Pública em geral, abrangendo quaisquer uma das funções políticas do Estado: executivo, legislativo e judiciário, isto sem que se importe em inconstitucionalidade da eventual norma legal, mesmo por estar legislando sobre matéria que o CNJ já disciplinou. Neste caso,

<sup>106</sup> Cf. acórdão da **MC-ADC n.º 12-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

aliás, uma futura norma legal anti-nepotismo que colidisse com a Resolução n. 07 do CNJ, quando muito traria à tona um conflito entre normas de mesma hierarquia, afinal a Resolução do CNJ é um protótipo de lei, conforme demonstrou o julgado do STF.

Dentro da riqueza de manifestações do poder normativo em nosso ordenamento jurídico, o fenômeno regulamentar protagonizado pela Justiça Eleitoral representa um importante fato a exigir a atenção do jurista. Uma perquirição emanada da jurisprudência do STF e do próprio TSE sobre o assunto revela que, as resoluções eleitorais, ora se encontram como regulamentos de simples execução, ora se encontram enquanto regulamentos independentes, dispostos a preencher um vácuo legislativo, a vigorar até o advento de um diploma legal sobre a matéria objeto de “regulamentação”, ora assumem um protótipo de lei, similar ao modelo do inciso II, art. 103-B, da CF, acima descrito – consectário de algum princípio constitucional.

Nesse sentido, sobreleva destacar que o TSE, desde a sua criação, já editou mais de 22 mil resoluções, cuidando sobre os mais diversos assuntos eleitorais (sejam os de natureza administrativa, cível, processual), muitas vezes alterando o processo eleitoral às vésperas do pleito, sem ofender ao art. 16 da CF/88, afinal a resolução do TSE não é lei em sentido formal, o que prova incontestavelmente a vocação do direito eleitoral para o direito por precedentes<sup>107</sup>.

Não que se negue a importância do direito legislado para o direito eleitoral - que, aliás, pertence ao direito público, e, por conseguinte, é submisso à primazia da norma legal - mas ao contrário disso, o papel desempenhado pelo TSE, ao longo de nossa vida republicana, tem demonstrado a necessidade de se recorrer aos princípios ínsitos do direito anglo-saxão, a fim de preencher as lacunas deixadas pelo legislador, e com isso alcançar o ideal de segurança jurídica, sempre tributado ao ordenamento jurídico.

---

<sup>107</sup> Como se sabe, há dois grandes sistemas jurídicos no mundo: o sistema de direito legislado, que, sendo de tradição romano-germânica, dá primazia à edição de normas legais, e o sistema do direito de caso, que, sendo de tradição anglo-saxã, encontra nos julgados dos tribunais a norma jurídica por excelência. Classificando um e outro, Hugo Machado nos ensina: “(no direito legislado) A atividade de política jurídica desenvolve-se especialmente junto aos parlamentos e os demais órgãos dotados de poder normativo. A Atividade jurisdicional é ou deve ser mais técnica do que política, e tende a ser muito menos importante, pelo menos no plano da política, do que a atividade de produção normativa. [...] (no direito por precedentes) A atividade de política jurídica desenvolve-se mais intensamente junto aos juízes e tribunais, especialmente, quando devem estes julgar casos novos, ainda não apreciados e, portanto, sobre os quais não existam precedentes. A Atividade jurisdicional é mais política do que técnica.” (op. cit., p.61/62)

Nesse sentido, o próprio TSE já confirmou a natureza instrumental e complementar de suas resoluções, ao consignar, *verbi gratia*, na Resolução n.º 4.970, de 24/06/1955, que:

As instruções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral se destinam a regulamentar a lei ou suprir-lhe as omissões, não devendo jamais ser interpretadas contrariamente ao que nela se contém.

A Resolução n.º 4.937 n.º III foi organizada ao mesmo tempo que o ante-projeto de lei eleitoral enviada ao Congresso, pela evidente necessidade de instruir juizes, partidos, eleitores etc., com a mais possível antecedência; desde que, porém, Poder Legislativo na soberania de sua função adotou critério diverso, incompatível com alguma instrução, fica esta, obviamente, sem aplicação.<sup>108</sup>

Outras evidências que reforçam essa tese são as inúmeras e recentes decisões do TSE que repercutiram, sobremaneira em todos os quadrantes da política nacional. Nesse sentido, a excelsa corte eleitoral tem sido acusada, pela elite política, de estar usurpando a função legislativa, quando sua interpretação coincide com os grandes temas da tão decantada “Reforma Política”. Assim, por exemplo, aconteceu, quando normatizou sobre os limites do instituto da coligação partidária, concebendo a chamada “Verticalização”, ou então, quando editou resolução disciplinando sobre o n.º de cadeiras de vereadores a serem disputadas durante a eleição de 2004, bem como aconteceu ao responder à consulta formulada por determinado partido, consignando que o mandato parlamentar pertence ao partido e não ao próprio candidato eleito<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> Cf. íntegra de inteiro teor extraído do site do TSE, <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em 02 abr. 2007, às 22:00h. Essa resolução demonstra o uso da normatividade do TSE, enquanto instrumento de política judiciária eleitoral, pois narra um acerto entre TSE e legislativo para, pelo menos a princípio, fazer aprovar simultaneamente o regulamento e o diploma legal, que, por sua vez, ao tramitar, destoou da identidade originária de seu texto em relação à **Resolução n.º 4.937**, cujo teor é parcialmente explicitado pela **Resolução n.º 4.970**.

<sup>109</sup> Nos aludidos casos, o TSE tem atuado de modo a dar consequência ao chamado direito por princípios, revelando o conteúdo de princípios constitucionais e suas aplicações na ordem jurídica eleitoral. Sobre o Direito por Princípios, ver Germana Moraes, em seu **Controle jurisdicional da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética. No prefácio da citada obra, o Prof. Paulo Bonavides enuncia que a grande “revolução copernica” de nosso tempo em matéria jurídica é “revolução dos princípios”. Segundo ele: “Funda, enfim, um novo direito constitucional, projetado na direção da justiça e da liberdade; Direito Constitucional obviamente atravessado de valores e por certo mais convizinho às solicitações da consciência social e que se move da esfera acanhada da lei para o círculo vasto da Constituição, enquanto norma de princípios. Vive-se nessa terceira idade do constitucionalismo a época constitucional do pós-positivismo, que faz a legitimidade imperar sobre a legalidade, os princípios sobre as regras, a jurisdição sobre a discricção, o valor sobre o fato, a certeza sobre a indeterminação.”. Especificamente sobre o caso da Consulta sobre a titularidade dos mandatos parlamentares, disponível em: <<http://www.tse.gov.br>> há texto veiculado em 28 mar. 2007 no ícone “Centro de Divulgação da Justiça Eleitoral”, onde se noticia:

“O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu, na sessão administrativa dessa terça-feira (27), que os mandatos obtidos nas eleições, pelo sistema proporcional (deputados estaduais, federais e vereadores), pertencem aos partidos políticos ou às coligações e não aos candidatos eleitos. A decisão foi proferida como resposta à Consulta (CTA) 1398, do Partido da Frente Liberal (PFL).

Retornando aos casos em que se considera a atuação do TSE como agente integrador do nosso ordenamento, vê-se que recentemente essa corte preencheu um importante vazio legislativo, quando disciplinou sobre o rateio do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos (Fundo Partidário), em razão da procedência da ADI n.º 1.351/DF, que declarou inconstitucional os dispositivos da Lei n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) referentes à cláusula de desempenho (também denominada de cláusula de barreira) e as restrições no funcionamento parlamentar dos partidos que não a atingiram na Eleição de 2006.

Com efeito, o STF, atendendo a uma provocação do Partido Comunista do Brasil e do Partido Democrático Trabalhista, declarou a inconstitucionalidade das inúmeras regras e expressões legais em que se apoiava a famigerada cláusula de barreira, provocando, por conseguinte, um vácuo jurídico ante a inexistência de um regime jurídico para a distribuição integral dos dinheiros relativos ao Fundo Partidário, conforme ficou consignado na ementa do acórdão da Suprema Corte, adiante transcrita:

**PARTIDO POLÍTICO – FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR – PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA – FUNDO PARTIDÁRIO.** Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário.

**NORMATIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE – VÁCUO.** Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional.<sup>110</sup>

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal, a inconstitucionalidade da cláusula de barreira contaminou, por conseguinte, as regras de rateio do fundo partidário, dado que essas

---

“A decisão que foi tomada hoje pelo Plenário do Tribunal Superior Eleitoral representa uma fidelidade à Constituição Federal”, definiu o presidente da Corte, ministro Marco Aurélio, no encerramento da sessão. “Em segundo lugar, o Tribunal deu uma ênfase maior à vontade do eleitor que vota, em primeiro lugar, na legenda”, concluiu.

O relator da Consulta, ministro César Asfor Rocha afirmou, em seu voto, que “os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”. O voto do relator foi acompanhado por cinco ministros.”

<sup>110</sup> Cf. acórdão publicado no DJ de 30/03/2007, extraído, na mesma data, do site do STF <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)> , às 16:00h. Embora esta decisão tenha sido tomada na sessão do dia 07/12/2006, o acórdão da ADI n.º 1.351/DF somente foi publicado mais de 110 dias após a sessão plenária que deliberou pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei dos Partidos Políticos.



levavam em consideração o preceptivo espancado pelo citado acórdão, tendo aquela corte, diante do vácuo normativo acarretado pela procedência da ADI, feito um apelo a o legislador a fim de que este integre o ordenamento jurídico, editando outro diploma legal, desta feita, atentando para os fundamentos da decisão do STF.

Nessa conjuntura, sabendo do cerne da decisão do STF e premido pela obrigação legal de ratear os recursos do fundo partidário, o TSE resolveu, um mês após a decisão do Supremo, não aguardar a manifestação, muitas vezes, tardia do legislador - cuja obrigação era editar uma norma legal apta a disciplinar o rateio do fundo partidário.

Com efeito, o TSE, ao decidir o Processo Administrativo n.º 19.731/DF, onde funcionou como relator o Min. César Asfor Rocha, mesmo sem conhecer precisamente os termos da decisão, ainda não publicada, do STF, acabou por decidir que 42 % (quarenta e dois por cento) dos recursos do fundo partidário deveriam ser distribuídos igualitariamente entre todos os partidos cujos estatutos estivessem regularmente registrados no TSE<sup>111</sup>, de maneira que esta

---

<sup>111</sup> Conforme informativo disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>, esta foi tomada decisão pelo plenário da excelsa corte eleitoral em 06 jun. 2007, com base no voto do relator, adiante transcrito:

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator): No julgamento das ADIs pela Suprema Corte enfatizou-se a garantia constitucional do pluripartidarismo, a não ofensa ou restrição à direitos e liberdades fundamentais dos grupos minoritários, bem como a própria existência do Estado Democrático de Direito constituindo-se, em si mesmo, nos dizeres do E. Ministro Marco Aurélio, principalmente, como instrumento de defesa dessas minorias.

Dessa forma, declarou o STF, à unanimidade, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.096/95: art. 13; a expressão “obedecendo aos seguintes critérios”, contida no caput do art. 41; incisos I e II do art. 41, art. 48; a expressão “que atenda ao disposto no art. 13”, contida no caput do art. 49, com redução de texto; caput dos arts. 56 e 57, com interpretação que elimina de tais dispositivos as limitações temporais neles constantes, até que sobrevenha disposição legislativa a respeito e a expressão “no art. 13”, constante no inciso II do art. 57.

Sendo assim, é certo afirmar que após o julgamento das referidas ações pela Suprema Corte, apresentam-se indagações distintas das que originaram o presente feito quanto aos critérios a serem adotados para a distribuição do fundo partidário às agremiações políticas, ficando prejudicada, de início, a resposta à questão concernente à data limite para se efetuar o destaque, aos partidos políticos em funcionamento, de 29% (vinte e nove por cento) do total do Fundo Partidário, em razão da interpretação dada pelo STF que elimina dos arts. 56 e 57 da Lei nº 9.096/95 suas limitações temporais.

Para melhor compreensão da matéria, transcrevo os arts. 56 e 57 da Lei nº 9.096/95:

**Art. 56.** No período entre a data da publicação desta Lei e início da próxima legislatura, será observado o seguinte: I – fica assegurado o direito a funcionamento parlamentar na Câmara dos Deputados ao partido que tenha eleito e mantenha filiados, no mínimo, três representantes de diferentes Estados;

II – a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados disporá sobre o funcionamento da representação partidária conferida, nesse período, ao partido que possua representação eleita ou filiada em número inferior ao disposto no inciso anterior;

III – ao partido que preencher as condições do inciso I é assegurada a realização anual de um programa, em cadeia nacional, com duração de dez minutos;

IV – ao partido com representante na Câmara dos Deputados desde o início da Sessão Legislativa de 1995, fica assegurada a realização de um programa em cadeia nacional em cada semestre, com a duração de cinco minutos, não cumulativos com o tempo previsto no inciso III;

decisão do TSE teve força de lei, porquanto, dotada de abstratividade, generalidade e impessoalidade, preencheu um vácuo legislativo, embora de maneira transitória (até o advento de lei em sentido estrito que regulamentasse o rateio).

Desta forma, embora a decisão do TSE tenha normatizado, sem conhecer exatamente a parte dispositiva e a ementa do acórdão do Supremo Tribunal, o rateio dos recursos do Fundo Partidário, o Parlamento Federal reagiu prontamente àquela decisão, fazendo aprovar, em tempo recorde, um projeto de lei, que, nascido do consenso das lideranças dos grandes partidos afetados pela determinação do TSE, acabou convertido na Lei n.º 11.459<sup>112</sup>, de 21/03/07.

---

V – vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição a todos os partidos com estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, na proporção da representação parlamentar filiada no início da Sessão Legislativa de 1995. (grifo nosso)

**Art. 57.** No período entre o início da próxima Legislatura e a proclamação dos resultados da segunda eleição geral subsequente para a Câmara dos Deputados, será observado o seguinte:

I – direito a funcionamento parlamentar ao partido com registro definitivo de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral até a data da publicação desta Lei que, a partir de sua fundação, tenha concorrido ou venha a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representantes em duas eleições consecutivas:

a) na Câmara dos Deputados, toda vez que eleger representantes em, no mínimo, cinco Estados e obtiver um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos;

b) nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras de Vereadores, toda vez que, atendida a exigência do inciso anterior, eleger representante para a respectiva Casa e obtiver um total de um por cento dos votos apurados na circunscrição, não computados os brancos e os nulos;

II – vinte e nove por cento do Fundo Partidário será destacado para distribuição, aos partidos que cumpram o disposto no art. 13 ou no inciso anterior, na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados”. (grifo nosso)

[...]

É de se notar que, retirada a limitação temporal dos arts. 56 e 57, imperativo reconhecer-se a coexistência dos dois comandos até superveniente disposição legislativa a respeito, conforme ficou consignado no julgamento das ADIs. Logo, seriam dois os destaques de 29%. O primeiro, para os partidos políticos com estatutos registrados no TSE, na proporção da representação parlamentar filiada no início da Legislatura em curso (art. 56, V, LPP). O segundo destaque de 29%, para os partidos com estatuto registrado no TSE e que tenham concorrido ou venham a concorrer às eleições gerais para a Câmara dos Deputados, elegendo representantes em duas eleições consecutivas em, no mínimo, cinco Estados, obtendo, ainda, um por cento dos votos apurados no País, não computados os brancos e os nulos e distribuídos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (art. 57, II, LPP).

Restando, ainda, 42% do fundo partidário que, no meu entender, deverão ser distribuídos igualmente entre todos os partidos políticos que estejam com os seus estatutos registrados no TSE, atendendo, assim, o entendimento consagrado pela Corte Suprema.

É o voto."

<sup>112</sup> BRASIL. Lei n.º 11.459, de 21 de março de 2007. Altera a Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, para estabelecimento do critério de distribuição do Fundo Partidário. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11459.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11459.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2007, às 22:00h. Seu texto nos diz que: O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**Art. 1.º** A Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 41-A:

5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do

Interessante, destacar, portanto, que a aludida lei também foi publicada antes do acórdão do STF referente à ADI n.º 1.351/DF, o que nos dá indícios de uma possível inconstitucionalidade formal, hipótese que não cabe discutir no presente trabalho.

Outro exemplo de manifestação do poder normativo da Justiça Eleitoral é uso recorrente das Resoluções do TSE para disciplinar o exercício do poder de polícia durante as eleições, sobretudo no que concerne às condutas relativas à chamada “boca de urna”. Nas eleições gerais de 2002, *verbi gratia*, há precisamente 9 (nove) dias do primeiro turno das eleições, o TSE resolveu editar um regulamento complementar à sua própria Resolução n.º 20.988, de 21.02.2002, cuja ementa se propunha a dispor “sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral nas eleições de 2002”.

Com efeito, o TSE, em 27.09.2002, editou a Resolução n.º 21.224, a pretexto de regulamentar amiúde os condutas descritas no art. 39, §5.º, da Lei das Eleições, cujas disposições sucintamente dispõem que:

(art. 39, da Lei nº 9.504/97) § 5º - Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de 5 mil a 15 mil UFIRs:

- I - o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou de carreata;
- II - a distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, ou a prática de aliciamento, coação ou manifestação tendentes a influir na vontade do eleitor.

Ocorreu que aqueles tipos penais descritos na Lei Eleitoral já haviam sido objeto de regulamentação por parte da Resolução n.º 20.988, de 21.02.2002, consoante preceituou o art. 41 desta norma infralegal:

---

Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.”

**Art. 2.º** Revogam-se o inciso V do art. 56 e o inciso II do art. 57, ambos da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995.

**Art. 3.º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Brasília, 21 de março de 2007, nº 186.º da Independência e 119.º da República.

Art. 41. Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de R\$5.320,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos) a R\$15.961,50 (quinze mil novecentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos) (Lei n.º 9.504/97, art. 39, § 5º, I e II):

I - o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou carreata;  
II - a distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, ou a prática de aliciamento, coação ou manifestação tendentes a influir na vontade do/a eleitor/a.

Não obstante o regulamento geral da propaganda eleitoral ter funcionado como um regulamento de simples execução, conforme demonstrado inclusive pela própria identidade entre o art. 39, § 5º da lei e o art. 41 da Resolução n.º 20.988, de 21.02.2002, o TSE, inovando no ordenamento jurídico, através da Resolução n.º 21.224<sup>113</sup>, de 27.09.2002, assentou, dentre outras coisas, que:

No dia das eleições, é vedada a distribuição ou entrega ao público, de forma gratuita ou onerosa, de toda e qualquer modalidade de propaganda eleitoral, tais como: artigos de

---

113 **O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**, no uso da competência que lhe atribui o art. 23, IX, do Código Eleitoral e visando dar uniformidade à inteligência e à aplicação das vedações estabelecidas, sob cominação penal, pelo art. 39, § 5º, da Lei n.º 9.504/97, relativas à chamada propaganda de “boca de urna”, resolve:

**Art. 1º** Constituem crimes, no dia da eleição, puníveis com detenção de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de 5 mil a 15 mil UFIRs:

I - o uso de alto-falantes e amplificadores de som ou a promoção de comício ou de carreata;

II - a distribuição de material de propaganda política, inclusive volantes e outros impressos, ou a prática de aliciamento, coação ou manifestação tendentes a influir na vontade do eleitor (art. 39, § 5º, da **Lei n.º 9.504/97**).

**Art. 2º** No dia da votação, é lícita a manifestação individual e silenciosa da preferência do cidadão por partido, coligação ou candidato, incluída a que se contenha no próprio vestuário ou se expresse no porte de bandeira ou flâmula ou pela utilização de adesivos em veículos ou objetos de que tenha posse.

**Art. 3º** É vedada, durante todo o dia da votação, em qualquer local público ou aberto ao público, a aglomeração de pessoas portando os instrumentos de propaganda referidos no artigo anterior, bem como outros que possam caracterizar manifestação coletiva, com ou sem utilização de veículos.

**Art. 4º** No recinto das seções eleitorais, é proibido aos mesários e escrutinadores o uso de vestuário e/ou objeto que contenham qualquer propaganda de partido, coligação ou candidato ou referência a estes.

**Art. 5º** Aos fiscais partidários, nos trabalhos de votação, só se permite a inscrição, em suas vestes, do nome ou da sigla do partido ou coligação a que sirvam.

**Art. 6º** No dia das eleições, é vedada a distribuição ou entrega ao público, de forma gratuita ou onerosa, de toda e qualquer modalidade de propaganda eleitoral, tais como: artigos de vestuário, adesivos, bottons ou distintivos, bonés, bandeiras ou flâmulas, jornais, “santinhos”, “colas”, revistas ou outros impressos.

**Art. 7º** As autoridades eleitorais adotarão as providências necessárias para coibir eventuais transgressões aos dispositivos desta Resolução, podendo, para tanto, inclusive requisitar o auxílio das autoridades encarregadas de manter a segurança pública.

Sala de Sessões do Tribunal Superior Eleitoral.

Brasília, 27 de setembro de 2002.

Ministro NELSON JOBIM, presidente

Ministro FERNANDO NEVES, relator

Conforme disposto em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 08 abr. 2007, às 19:00h.

vestuário, adesivos, bottons ou distintivos, bonés, bandeiras ou flâmulas, jornais, “santinhos”, “colas”, revistas ou outros impressos. (Art. 6.º, da Resolução n.º 21.224)

A despeito de ter, possivelmente, extrapolado seus limites normativos, a excelsa corte eleitoral, ao editar a mencionada Resolução n.º 21.224, de 27.09.2002, certamente assim o fez, movida pela necessidade imperiosa de garantir a segurança ideal para a normalidade do pleito, positivando valores que não foram completamente expressados pelo legislador ao publicar a Lei Eleitoral.

Todavia, mesmo com a edição da Resolução n.º 21.224, e em estágio avançado do processo eleitoral, a quadratura normativa a respeito das normas que regulamentavam o tipo penal “em branco” do crime de “boca-de-urna” ainda não havia se estabilizado, conquanto o TSE ainda resolveu editar a Resolução n.º 21.235, de 05.10.2002. Em verdade, esta resolução editada na véspera da eleição, atendeu a um “Pedido de Reconsideração” formulado por uma das coligações envolvidas naquele pleito, que fez ver à corte o quão draconiano era o art. 6.º da Resolução n.º 21.224.

Assim sendo, o TSE sintetizou seu novo entendimento sobre a entrega e distribuição de material de propaganda eleitoral no dia da eleição, na ementa da Resolução n.º 21.235, conforme adiante transcrita:

Pedido de reconsideração - Art. 6º da Res./TSE nº 21.224 - Esclarecimento.

1. A proibição constante do art. 6º da Res./TSE nº 21.224 não se aplica à entrega ou à distribuição, a quem o solicite, de material de propaganda eleitoral no interior das sedes dos partidos políticos e comitês eleitorais.<sup>114</sup>

---

114 RESOLUÇÃO N° 21.235, de 05 de outubro de 2002.

(omissis)

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO FERNANDO NEVES: Sr. Presidente, o Partido dos Trabalhadores pede reconsideração do disposto no art. 6º da Resolução n.º 21.224 desta Corte, publicada no Diário da Justiça de 2.10.2002, sustentando que o art. 39, § 5º, da Lei nº 9.504, de 1997, não veda a entrega de bandeira ou assemelhados nos comitês dos partidos, coligações ou candidatos, quando estes, eleitores, neles comparecem e solicitam esses materiais de propaganda no dia da votação.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO FERNANDO NEVES (relator): Sr. Presidente, não creio que seja o caso de reconsiderar o artigo em questão, pois ele não tem a abrangência imaginada pelo requerente, na medida em que diz respeito aos atos

Outro *leading case* que revela a vocação do direito eleitoral para o direito por precedentes deu-se no julgamento do Mandado de Segurança n.º 3.107/DF, datado de 25.10.2002, portanto, na antevéspera do segundo turno da multicitada eleição presidencial de 2002.

Naquele *writ*, que fora impetrado contra o Juiz da Coordenação de Fiscalização da Propaganda Eleitoral do Estado de Minas Gerais, discutiu-se a (a) tipicidade da realização de carreata na véspera da eleição, em face do disposto no art. 39, § 5º, I, da Lei Eleitoral, tendo sido vitoriosas as teses esposadas no *mandamus*, nos termos da ementa parcialmente transcrita:

1. A permissão para propaganda eleitoral por meio de alto-falantes ou amplificadores de som até a véspera do dia da votação não se limita aos equipamentos imóveis, abrangendo também os móveis, ou seja, os que estejam instalados em veículos.
2. Possibilidade de carro de som transitar pela cidade divulgando jingles ou mensagens de candidatos, desde que os microfones não sejam usados para transformar o ato em comício.
3. Caminhada ou passeata não se equiparam a reuniões públicas.
4. O art. 39, §5.º, I, da Lei n.º 9.504/97 tipifica como crime a realização de carreata apenas no dia da eleição.

---

de aliciamento, de coação ou aos manifestamente tendentes a influir na vontade do eleitor, condicionantes expressamente indicadas no dispositivo legal já indicado. Todavia, por cautela, em face das informações prestadas pelo requerente, que dá notícia de interpretações equivocadas de nossa Resolução, proponho acolher em parte o pedido de reconsideração para esclarecer que a proibição constante do art. 6º da Res./TSE n.º 21.224 não se aplica à entrega ou distribuição, a quem o solicite, de material de propaganda eleitoral no interior das sedes dos partidos políticos e comitês eleitorais.

#### **EXTRATO DA ATA**

Inst n.º 57 - DF. Relator: Ministro Fernando Neves

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolheu, em parte, o pedido de reconsideração, para esclarecer que a proibição constante do art. 6º da Resolução-TSE n.º 21.224, não se aplica à entrega ou distribuição, a quem o solicite, de material de propaganda eleitoral no interior das sedes dos partidos políticos e comitês eleitorais, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Nelson Jobim. Presentes os Srs. Ministros Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Fernando Neves, Caputo Bastos e o Dr. Geraldo Brindeiro, procurador-geral eleitoral

#### **SESSÃO DE 5.10.2002.**

Conforme disposto em, <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 08 abr. 2007, às 19:10h.

Na eleição seguinte, esse entendimento foi albergado também pelo regulamento da propaganda eleitoral relativo ao pleito de 2004, precisamente no parágrafo único do art. 48 da Resolução TSE n.º 21.610, de 05.02.2007.

Destarte, apesar de limitados os efeitos da citada decisão ao município de Belo Horizonte, onde se deu a controvérsia sobre a licitude de passeatas e caminhadas na antevéspera do pleito, o caso passou a servir de parâmetro normativo para a corte; tanto assim, que, no pleito seguinte, passou o TSE a inserir tal entendimento em seu regulamento geral da propaganda eleitoral para as eleições municipais, qual seja a Resolução n.º 21.610, de 05.02.2004, cujo art. 73 preceitua literalmente:

Art. 73. São permitidos, na véspera do dia da eleição, caminhada, carreata, passeata ou carro de som que tramite pela cidade divulgando jingles ou mensagens de candidatos, desde que os microfones não sejam usados para transformar o ato em comício (Acórdão n.º 3.107, de 25.10.2002).

Relevante observar, nesse sentido, que o procedimento do TSE, em certas matérias, discutidas durante o pleito, sobretudo aquelas que agitam possíveis interpretações para a norma de direito eleitoral que cuida do exercício do poder de polícia, revela a aplicação de “efeito transcendente” àquelas decisões, estendendo-as aos demais casos que se encaixarem no *fattispecie* do julgado.

Demonstrado está, portanto, que os regulamentos eleitorais são, em verdade, *praeter legem*, estabelecendo obrigações aos atores eleitorais (juízes, advogados, servidores, marqueteiros, candidatos, partidos, etc) que são desumidas a partir da lei, mas que vão muito além da simples literalidade expressa no texto legal, como soe se perceber da magistral lição de Fávila Ribeiro, adiante transcrita:

A Justiça Brasileira convenceu e está consolidada na organização política brasileira, estando equipada com espório diversificado de atribuições, o que lhe confere muita versatilidade, em atos típicos executivos, jurisdicionais e normativos, adotando as medidas que se fizerem necessárias para o respeito à escoreita vontade do povo, comprovando a autenticidade da ordem democrática estabelecida.

E o êxito da missão da Justiça Eleitoral se amplia e ganha maiores lastros históricos quanto mais se dispuser a sair da inércia, tendo que entrar em campo, por seus próprios impulsos, se outros faltarem, para evitar o envilecimento da disputa eleitoral, cumprindo assumir posição preventiva e mais espontânea, não deixando conspurcar a vontade do eleitorado, pelas formas ardilosas, sofisticadas e também mais ousadas, aumentando, assim, o desafio que lhe assiste enfrentar, com o ânimo combativo e dignificante desempenho<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Op. cit, p. 133.

## 10 Conclusões

Conforme analisamos no curso do presente estudo sobre a Justiça Eleitoral, concluímos que a jurisdição dos conflitos decorrentes da aplicação das normas de direito eleitoral, segundo a tradição jurídico-constitucional brasileira, fica ao encargo de um ramo especializado do Poder Judiciário, o que denota uma opção política por um órgão estatal ontologicamente imparcial, eqüidistante dos atores políticos, a fim de evitar possíveis ingerências daqueles que disputam o poder (membros do Poderes Executivo e Legislativo) diante da condução dos certames eleitorais.

A Justiça Eleitoral, apesar de permanente, não dispõe de um quadro próprio de magistrados, sendo seus juízes recrutados de outros segmentos do judiciário, da advocacia e da própria sociedade. Esse ecletismo em sua composição, acrescido à conjugação de funções administrativas e jurisdicionais fazem com que a Justiça Eleitoral seja considerada uma Justiça *sui generis*, ímpar em relação aos outros órgãos do Poder Judiciário.

Perquirindo a estrutura da Justiça Eleitoral brasileira, constata-se que ela possui um órgão de cúpula com jurisdição em todo o território nacional, denominado Tribunal Superior Eleitoral, cujas decisões são irrecorríveis, exceto as de índole constitucional; de Tribunais Regionais Eleitorais, instalados e com jurisdição em cada Estado da Federação e também no Distrito Federal, servindo de instância originária para julgar precipuamente os feitos relativos às eleições estaduais, e recursal, quando se tratar de eleições municipais; de Juízes Eleitorais, cuja jurisdição se efetiva perante às Zonas Eleitorais, constituindo-se em órgãos encarregados de administrar as eleições nos limites dados pelas Zonas Eleitorais, bem como julgar e processar, precipuamente, os feitos relativos às eleições municipais.

Também compõem a Justiça Eleitoral as chamadas Juntas Eleitorais, que consistem em um colegiado, composto de Juiz de Direito e de 2, ou 4 cidadãos de notório idoneidade moral. A Junta Eleitoral vem perdendo importância ultimamente, devido ao incremento do voto eletrônico, sendo suas competências mais relevantes a de julgar os conflitos referentes à fase de apuração do processo eleitoral e a de diplomar os eleitos na eleição municipal.

Afora a investidura dos membros das Juntas Eleitorais, que se constitui por período curtíssimo de tempo, os demais juízes eleitorais, inclusive aqueles que compõem as cortes



eleitorais, são designados para o exercício de um mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos a novo mandato bienal, aplicando-se, portanto, à Justiça Eleitoral, o princípio da temporariedade das investiduras.

O Tribunal Superior Eleitoral é composto atualmente de 7 juízes, dos quais 3 são escolhidos, mediante eleição e pelo voto secreto, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal; 2, de maneira similar, escolhidos dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; e, 2, são advogados, de notável saber jurídico e idoneidade moral, escolhidos através de nomeação do Presidente da República, a partir de listagem preparada pelo Supremo Tribunal Federal.

Consoante dispositivo constitucional específico a respeito, a Presidência e a Vice-Presidência do TSE devem ficar ao encargo de dois Ministros do STF, assim como a Corregedoria-Geral Eleitoral deve ser atribuída a um Ministro do STJ.

Os Tribunais Regionais, de outro bordo, são compostos também de 7 juízes, sendo 2 deles, escolhidos, mediante eleição e pelo voto secreto, dentre os desembargadores da Justiça Estadual Comum; 2, de maneira símile, dentre os juizes de direito estaduais, escolhidos pelo Tribunal de Justiça; 1, também mediante eleição e pelo voto secreto, escolhido dentre os juízes do Tribunal Regional Federal, se na Capital do Estado houver sede dessa corte federal, ou em não havendo, de juiz federal escolhido pelo TRF com jurisdição no respectivo Estado; e, 2, dentre advogados, de notável saber jurídico e idoneidade moral, escolhidos através de nomeação do Presidente da República, a partir de listagem preparada pelo Tribunal Justiça do Estado respectivo.

A Presidência e a Vice-Presidência do TRE devem ficar ao encargo dos dois desembargadores do TJ do respectivo Estado, cabendo a Corregedoria Regional a quem designar o regimento interno da corte regional eleitoral. Nesse sentido, pulula no senso comum a idéia de que somente a Corregedoria Regional Eleitoral cabe tão-somente ao Vice-Presidente, o que não é verdadeiro diante do texto dado pela Lei Fundamental de 1988.

A atual Carta Política remete ao legislador complementar a disposição sobre a organização e competência dos órgãos da Justiça Eleitoral, todavia até o presente momento não se promulgou o almejado diploma, de maneira que se tem considerado como recepcionadas as

normas, materialmente de competência e organização, dadas pelo Código Eleitoral vigente, a despeito do mesmo ter sido editado em 1965, por meio de legislação ordinária.

Afora suas atribuições tipicamente jurisdicionais, a Justiça Eleitoral detém atributos singulares, como por exemplo, o exercício do poder de polícia em matéria eleitoral. Conquanto, ordinariamente, as funções de polícia pertençam à Administração Pública, mais precisamente ao Poder Executivo, v.g., polícia de segurança pública, polícia sanitária, polícia de trânsito, polícia ambiental, a condução do poder de polícia materialmente eleitoral pertence à Justiça Eleitoral, porquanto detenha os poderes de administração das eleições.

Como consectário lógico do poder de polícia eleitoral, encontra-se o Juiz Eleitoral vinculado ao poder-dever de atuar de ofício, quando se tratar de preservar a boa ordem social durante qualquer das fases do chamado processo eleitoral, mormente as fases de propaganda, atos preparatórios e de votação. Assim sendo, chama a atenção o quanto o arquétipo de juiz eleitoral, conforme pontilhado pelo ordenamento jurídico, destoa dos juízes das demais Justças, cujas atuações se encontram premidas pelo princípio da inércia inicial, devendo o mesmo ser mitigado quando se tratar de jurisdição eleitoral.

No mesmo rumo, também de avultada importância e especificidade, em matéria de jurisdição eleitoral, é manifestação do poder regulamentar da Justiça Eleitoral, que significa atribuir ao TSE a missão de pormenorizar os conceitos e disposições das leis eleitorais, tão qual ocorre com o Chefe do Poder Executivo em relação às leis comuns, de maneira que as resoluções do TSE, no plano legal-eleitoral, equivalem aos decretos regulamentares em relação à legislação ordinária.

Nesse sentido, muito se discute se as resoluções do TSE podem constituírem-se em regulamentos autônomos, o que vem sendo condenado a par da doutrina administrativa pátria, porém defendemos que os regulamentos eleitorais, editados através das resoluções daquela corte superior, a despeito de não possuírem natureza autônoma, ou seja, que retiram fundamento direto do texto constitucional, podem constituir, pelo menos em alguns casos, conforme demonstrado na presente dissertação, em regulamentos *praeter legem*.

É dizer, são normas que partem da lei, mas podem ir além do que dispõe o texto legal, e nunca contra a lei, constituindo-se em uma realidade sociológica a impor ao interprete e aplicador-mor da legislação eleitoral a elaboração de normas gerais, impessoais e abstratas, enquanto não advier um diploma legal decorrente do processo legislativo convencional, de modo a preencher uma lacuna encontrada na dinâmica eleitoral.

Prova disso são as disposições recentes do TSE sobre propaganda eleitoral, a par da edição da Resolução n.º 21.235, 05.10.2002 e do Mandado de Segurança n.º 3.107/DF, de 25.10.02, cuja inteligência do acórdão manifestar a vocação do direito eleitoral em relação ao direito por precedentes. No mesmo sentido, também convém ressaltar o entendimento firmado pelo TSE, por ocasião do Processo Administrativo n.º 19.731/DF, julgado em 06/02/2007, tendo aquela corte preenchido lacuna legal provocada pela declaração de inconstitucionalidade de alguns preceptivos da Lei dos Partidos Políticos, mormente os que disciplinavam sobre os critérios de rateio do Fundo Partidário.

Outra função jurisdicional atípica, que pertence ao rol de atributos da Justiça Eleitoral é o exercício da função consultiva, através da qual as cortes eleitorais respondem às consultas que lhes são dirigidas, por determinados sujeitos de direito com legitimidade para tanto, sobre a interpretação e aplicação da legislação eleitoral a situações hipotéticas, dadas em tese. Recentemente, o TSE decidiu, respondendo a consulta formulada por partido político, assentar entendimento segundo o qual o mandato parlamentar decorrente da eleição proporcional pertence ao partido e não ao parlamentar eleito, provocando, outrossim, verdadeiro “terremoto” político, na tentativa de declarar existente em nosso ordenamento jurídico-eleitoral o instituto da fidelidade partidária.

Desta forma, infere-se que a Justiça Eleitoral encontra tratamento jurídico-constitucional privilegiado em relação às outras justiças, gozando de um *status* mais que relevante em nossa sociedade, marcando-se pela versatilidade jurídica dos institutos que a aparelham e pela dinamicidade de sua judicatura.

## 11 Referências

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. UnB, 1999.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**. 12. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al, Brasília: Ed. UnB, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed., revista, traduzida por Fernando Pavan Batista et al, Bauru São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Ciência política**, 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Lei nº 11.459, de 21 de março de 2007. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, para estabelecimento do critério de distribuição do Fundo Partidário. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11459.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 de julho de 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L4737.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 21.235**, de 05 de janeiro de 2002. [Pedido de reconsideração - Art. 6º da Res./TSE nº 21.224 - Esclarecimento.1. A proibição constante do art. 6º da Res./TSE nº 21.224 não se aplica à entrega ou à distribuição, a quem o solicite, de material de propaganda eleitoral no interior das sedes dos partidos políticos e comitês eleitorais.](#) Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/index.html>. Acesso em: 08 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 21.610**, de 05 de fevereiro de 2004. Dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, nas eleições municipais de 2004. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/index.html>. Acesso em: 08 abr. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17.ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CYRINO, André Rodrigues. **O Poder regulamentar autônomo do presidente da república**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DECOMAIN, Pedro Paulo. **Eleições**: comentários a lei n.º 9504/97. São Paulo: Dialética, 2004.

FERNADES, Jorge Ulisses Jacoby. **Limites à revisibilidade das decisões dos tribunais de contas**. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br>>. Acesso em: 17 ago. 2004.

FERRAZ, Fernando Basto. **Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional**. 31.ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A Evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 6.ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MACEDO, Dimas. **Política e constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editor Victor Civita, 1973. (Coleção Os Pensadores). v.21.

MORAES, Germana. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004.

MOTA, Aroldo. **Historia política do Ceará: 1889-1930**. 2.ed., Fortaleza: ABC Editora, 1999.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. São Paulo: Atlas, 2003.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito:** política e justiça na contemporaneidade. Campinas: Edicamp, 2002.