

O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL

Emmanuel Roberto Girão de Castro Pinto¹

RESUMO

O poder normativo da Justiça Eleitoral brasileira é um importante instrumento para a consolidação do regime democrático, principalmente, para garantir a soberania popular e a lisura do processo eleitoral, assegurando que os cargos dirigentes da Nação sejam ocupados por aqueles que realmente representam a vontade do povo. Tratando-se de competência normativa atribuída a órgão do Poder Judiciário, cuja função principal é jurisdicional e não legislativa, analisou-se a sua compatibilidade com os princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade. Outrossim, investigou-se como ocorreu a evolução do sistema eleitoral no Brasil, desde a sua fase colonial até os dias atuais, e ainda a criação da Justiça Eleitoral, a fim de compreender como se desenvolveu essa competência normativa conferida ao Poder Judiciário Eleitoral. A partir da análise das funções da Justiça Eleitoral brasileira e das formas como esta exerce o poder normativo, constatou-se que a competência normativa da Justiça Eleitoral encontra-se prevista na legislação ordinária, mas pode ser considerada como implícita na Constituição Federal, conforme a “Teoria dos Poderes Implícitos”. Por fim, procurou-se estabelecer os limites formais e materiais ao exercício dessa competência normativa, bem como determinar os instrumentos adequados para invalidar os atos normativos da Justiça Eleitoral que extrapolem esses limites, notadamente aqueles que venham a invadir a competência do Poder Legislativo. Inferiu-se que, como as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral se enquadram no conceito de ato normativo impessoal, abstrato e geral, podem ser submetidas ao controle de constitucionalidade. Em síntese, concluiu-se que é possível a um órgão do Poder Judiciário, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, expedir atos normativos, desde que observados os limites insitos a tal prerrogativa, notadamente, a vedação de contrariar os princípios constitucionais e a lei.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral. Poder normativo. Limites.

¹ Professor de Direito Eleitoral da Universidade de Fortaleza – Unifor. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará. Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Coordenador do Centro de Apoio Operacional Eleitoral da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará.

ABSTRACT

The Brazilian Electoral Justice normative power is an important instrument to the solidification of the democratic regime, mainly to guarantee popular sovereignty and the honesty of the electoral process, ensuring that the positions leaders of the nation are occupied by those who really represent the will of the people. In the case of legislative powers vested in the Judiciary body, whose primary function is judicial, not legislative, its compatibility with the constitutional principles of separation of powers and legality had to be examined. It was also investigated the evolution of the electoral system in Brazil, since its colonial phase until the present day, and the creation of the Electoral Justice, in order to understand how this has developed legislative powers conferred on the Electoral Judiciary. From the analysis of the functions of the Brazilian Electoral Justice and how it exercises the normative power, it was found that the normative competence of the Electoral Justice is provided for in ordinary legislation, but can be regarded as implied in the Federal Constitution, according to "The doctrine of implied powers". Finally, it has striven to establish the formal and material limits to the exercise of normative powers, and determine the appropriate tools to invalidate the normative acts of Electoral Justice that extrapolate these limits, especially those who will invade the branch of power entrusted to the Legislative Power. As the resolutions of the Superior Electoral Court fall within the concept of legislative act impersonal, abstract and general, it was concluded that they may be subject to the control of constitutionality. In summary, it was concluded that it is permitted to an organ of the Judiciary, under a Democratic rule of law, dispatch normative acts, provided that the inherent limits are observed to these powers, principally the prohibition to counter the constitutional principles and law.

Key-words: Electoral Justice. Normative power. Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O ESTADO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	9
1.1 O conceito de Estado e sua evolução	9
1.1.1 Estado Estamental	11
1.1.2 Estado Absoluto ou Estado de Polícia	12
1.1.3 O Estado de Direito	13
1.1.4 O Estado Social de Direito	16
1.1.5 O Estado Democrático de Direito	20
1.2 A separação dos poderes	24
1.2.1 Origem histórica do princípio	24
1.2.2 A formulação da teoria	25
1.2.3 A positivação da teoria	30
1.2.4 O significado da separação dos poderes nos dias atuais	32
1.2.5 A insuficiência do critério orgânico para determinação das atribuições	34
1.2.6 A separação de poderes e a realidade constitucional brasileira	39
1.3 Princípio da Legalidade	42
1.3.1 Acepções do Princípio	43
1.3.2 A Lei	47
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO E O SURGIMENTO DA JUSTIÇA ELEITORAL	51
2.1 A Fase Colonial	51
2.2 A Fase do Império	57
2.3 A Fase da República	61
2.3.1 A República Velha	62

2.3.2	A Revolução de 1930	64
2.3.3	O Estado Novo	66
2.3.4	A Redemocratização	66
2.3.5	O Regime Militar (1964-1985)	67
2.3.6	A Nova República	69
2.4	Estrutura atual da Justiça Eleitoral Brasileira	70
2.4.1	Tribunal Superior Eleitoral	72
2.4.2	Tribunais Regionais Eleitorais	74
2.4.3	Juízes Eleitorais	77
2.4.4	Juntas Eleitorais	78
2.5	A Justiça Eleitoral Brasileira e o controle do processo eleitoral	78
2.5.1	O Sistema de verificação dos poderes.....	79
2.5.2	O Sistema Eclético	81
2.5.3	O Sistema Judiciário	81
3	AS FUNÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA.....	87
3.1	Origem e evolução do Poder Normativo da Justiça Eleitoral	93
3.2	A Competência Regulamentar e a Justiça Eleitoral	96
3.2.1	Espécies de Regulamentos	101
3.2.1.1	Regulamento Executivo ou de Execução	101
3.2.1.2	Regulamento Autônomo	102
3.2.1.3	Regulamento Independente.....	105
3.2.1.4	Regulamento Delegado ou Autorizado	106
3.3	Competência Regulamentar da Justiça Eleitoral	109
3.4	A Função Normativa da Justiça Eleitoral	112
4	FORMAS DE EXPRESSÃO DA FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL	115
4.1	As Resoluções Eleitorais	115
4.1.1	A natureza jurídica das resoluções	116

4.1.2	As resoluções e o processo legislativo brasileiro	120
4.2	Instruções Normativas Eleitorais	124
4.3	As Consultas Eleitorais	125
4.3.1	Natureza e efeitos das consultas respondidas pela Justiça Eleitoral	126
4.4	Competência normativa supletiva da Justiça Eleitoral	132
5	O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL	135
5.1	As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e o controle de constitucionalidade	139
5.2	Limites ao poder normativo da Justiça Eleitoral	142
5.2.1	Limites Formais	144
5.2.1.1	Quanto à Competência	144
5.2.1.2	Quanto ao veículo de edição	145
5.2.1.3	Quanto ao prazo.....	146
5.2.2	Limites materiais	147
5.2.2.1	Limites relativos aos princípios constitucionais	149
5.2.2.1.1	Princípio da legalidade	149
5.2.2.1.2	Princípio da proporcionalidade	152
5.2.2.1.3	Princípio da anualidade da lei eleitoral	156
5.2.2.1.4	Princípio da hierarquia das normas	161
5.3.2.1.5	Princípio da separação dos poderes	163
5.2.3	Análise crítica ao Recurso Ordinário n.º 748	165
5.2.4	Análise crítica à Resolução 22.610	169
5.3	A Justiça Eleitoral e o Estado Democrático de Direito	174
	CONCLUSÃO	176
	REFERÊNCIAS	181

INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral brasileira foi criada em 1932, como parte de uma reforma no processo eleitoral promovida pela Revolução de 1930, com o objetivo de que as eleições tivessem o aval de um órgão teoricamente imune à influência dos mandatários¹ e, com isso, pudesse garantir a verdade das urnas, assegurando o princípio constitucional da soberania popular, segundo o qual todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.

Para que esse objetivo possa ser alcançado, a Justiça Eleitoral é encarregada da organização e controle do processo eleitoral em todas as suas fases e, para tanto, apesar de ser integrante do Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral não somente resolve disputas no âmbito eleitoral, mas também reúne atribuições dos poderes Executivo e Legislativo ao emitir instruções normativas para a administração e gerenciamento das eleições.²

O exercício dessa competência normativa pela Justiça Eleitoral veio sendo realizado sem maiores questionamentos desde os seus primórdios, entretanto, nos últimos anos, observa-se que a amplitude dessa atividade foi deveras alargada. Antes da Constituição de 1988, as instruções normativas expedidas pela Justiça Eleitoral limitavam-se, praticamente, a regulamentar a legislação eleitoral, viabilizando a sua execução, e a interpretá-la, definindo seu sentido e alcance. No entanto, ultimamente, o Judiciário Eleitoral tem passado a expedir resoluções com caráter criativo e inovador, versando sobre matérias como verticalização de coligações partidárias, perda de mandato parlamentar em virtude de infidelidade partidária, reforma política etc. o que tem provocado uma ampla discussão sobre o assunto, a ponto de alguns parlamentares cogitarem a possibilidade de apresentarem projetos de lei limitando essa prerrogativa do Poder Judiciário Eleitoral.

Nesse contexto, esta dissertação se propõe a tratar do poder normativo da Justiça Eleitoral, buscando analisar criticamente essa nova prerrogativa do Poder Judiciário Eleitoral,

¹ TAYLOR, Mathew. Justiça Eleitoral. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTÁSIA, Fátima (Org.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p.142-149.

² Ibid., 2006, p.148.

a fim de verificar seus fundamentos, legitimidade e limites; bem como a sua compatibilidade ou não com a Constituição Federal, notadamente, considerando os princípios constitucionais da separação de poderes e da legalidade. Procura-se, também, definir o conceito de poder normativo e perquirir sobre a natureza jurídica das instruções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, por meio de resoluções, e das respostas às consultas que lhe são formuladas sobre matéria eleitoral em tese, investigando se os referidos atos se enquadram no conceito de atos normativos sujeitos ao controle de constitucionalidade e ao controle jurisdicional de legalidade. Pretende-se, ainda, discutir os limites formais e materiais dessa prerrogativa, procurando verificar se há extrapolação dessa atribuição em prejuízo dos demais Poderes, bem como questionar a conveniência de sua manutenção no ordenamento jurídico.

A dissertação encontra justificativa em virtude da discussão entabulada nos meios jurídicos acerca da legitimidade e conveniência dessa nova prerrogativa da Justiça Eleitoral no ordenamento jurídico, considerando que, não obstante, essa competência normativa venha sendo exercida há muito tempo, ainda não foi realizada uma sistematização sobre o assunto.

Para a efetivação deste estudo, a metodologia utilizada foi a qualitativa, por intermédio de pesquisa eminentemente bibliográfica em livros doutrinários, arquivos de revistas jurídicas, documentos legais e decisões jurisprudenciais, complementada por pesquisas na rede mundial de computadores – *internet*.

A dissertação encontra-se dividida em cinco capítulos. O primeiro trata das definições preliminares, abordando principalmente o surgimento do Estado e sua evolução histórica até a fórmula política do Estado Democrático de Direito. Outrossim, aborda-se a separação de poderes, sua origem histórica, evolução e concepção atual; além da concepção do princípio da legalidade e da lei.

O segundo capítulo refere-se à Justiça Eleitoral brasileira, mais precisamente a evolução histórica do sistema eleitoral que culminou com o seu surgimento e o seu paulatino aperfeiçoamento até se chegar à sua estrutura atual. As principais características do sistema eleitoral no período colonial, na época do Império, o advento da República, com suas fases históricas mais importantes, a ditadura militar e a redemocratização constituem objeto de estudo deste capítulo.

No terceiro capítulo, abordam-se as funções da Justiça Eleitoral brasileira, enfatizando a origem e a evolução do seu poder normativo, estabelecendo-se suas características mais

importantes. Outrossim, analisa-se a competência regulamentar, os diversos tipos de regulamentos e a função normativa da Justiça Eleitoral.

No capítulo quatro, são enfocadas as formas de expressão da função normativa da Justiça Eleitoral, ou seja, os instrumentos jurídicos utilizados para veiculação das instruções eleitorais e das respostas às consultas formuladas sobre matéria eleitoral em tese aos Tribunais Eleitorais, bem como a natureza jurídica das resoluções e das respostas às consultas.

Já no quinto e último capítulo, disserta-se sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis e a função normativa da Justiça Eleitoral. Constitui objeto desta seção a análise da possibilidade da submissão dos atos normativos emanados da Justiça Eleitoral ao controle de constitucionalidade e os limites impostos a este poder normativo. Por fim, faz-se uma análise crítica da questão de ordem suscitada no Recurso Ordinário n.º 748 e da Resolução n.º 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral que tratou da perda de mandato eletivo em virtude da prática de ato de infidelidade partidária por se tratarem de duas manifestações da Justiça Eleitoral que parecem ter extrapolado os limites do seu poder normativo, usurpando a função legislativa do Congresso Nacional.

O objetivo principal deste trabalho é contribuir para a definição dos limites do poder normativo da Justiça Eleitoral, visto que se trata de uma importante prerrogativa que tem contribuído para o aperfeiçoamento do regime democrático, mas cuja falta de sistematização tem dado ensejo a acirradas discussões nos cenários político e jurídico do Brasil.

1 O ESTADO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A análise do poder normativo da Justiça Eleitoral e seus limites exigem a fixação de algumas definições teóricas preliminares, as quais se apresentam como essenciais à correta compreensão do tema que se pretende estudar.

O estudo do Estado de Direito e do princípio constitucional da separação dos poderes está intimamente imbricado ao exame do princípio constitucional da legalidade, tema de fundamental importância neste trabalho. Isto porque, somente em Estados de Direito, em que exista a atribuição dos três poderes tradicionalmente concebidos – Executivo, Legislativo e Judiciário – a diferentes órgãos, é que se admite falar em submissão da atuação do Estado aos ditames predeterminados pelo ordenamento jurídico, uma das acepções conferidas ao princípio da legalidade.

Dessa maneira, reputa-se como imprescindível a análise prévia do Estado de Direito, seu surgimento e sua concepção atual; do princípio da separação de poderes; e do princípio da legalidade, para que, posteriormente, possa se analisar o poder normativo da Justiça Eleitoral.

1.1 O conceito de Estado e sua evolução

Há divergência doutrinária sobre as origens do Estado, existindo basicamente três teorias a respeito da época do seu aparecimento. De acordo com a primeira, sendo o Estado considerado uma organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo, este e a sociedade sempre teriam existido. Pela segunda teoria, inicialmente, a sociedade humana teria existido sem o Estado, tendo este sido constituído paulatinamente para atender as necessidades ou as conveniências dos grupos sociais. Por fim, segundo a última teoria, a concepção de Estado como uma sociedade política dotada de certas características bem delineadas, como conceito histórico concreto, com a ideia e a prática da soberania, somente se concretizou no século XVII, existindo autores que

indicam o ano de 1648, quando foi assinada a paz de *Westfália*, como a data oficial em que o mundo ocidental se apresentou organizado em Estados.¹

Segundo Sérgio Resende de Barros, não houve na prática antiga a ideia de um poder supremo, soberano, embasado em si e por si mesmo, sem lei que o vinculasse à base social, ou seja, um poder *solutus a legibus* (acima das próprias leis). A ideia de soberania, como marca de uma sociedade política por ela diferenciada, portanto, é moderna. Na Antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano, não se vislumbra qualquer noção que se assemelhe à soberania.²

Dessa maneira, o Estado caracterizado pela soberania nasceu somente com a mudança da forma de governo medieval (poliárquica) para a moderna (monárquica), ocorrida no final da Idade Média. Surgiu como Estado nacional, monárquico e absoluto. A evolução do sistema feudal ao sistema nacional definiu historicamente o Estado pela soberania. Assim, tem-se que o Estado apareceu apenas no início da Idade Moderna, ou seja, não foi propriamente o Estado moderno que então surgiu, mas o próprio Estado.

Para Hans Kelsen, o Estado pode ser definido como uma sociedade politicamente organizada e esse caráter político decorre exatamente em razão da sua organização e ordem serem a todos impostas coercitivamente, exercidas pelo monopólio do uso da força. Ainda segundo Kelsen, é isso que permite afirmar ser o Estado o poder a sustentar o Direito, consubstanciado nas normas a todos impostas. Com efeito, o poder torna eficaz a vontade de alguns indivíduos sobre outros, na medida em que a vontade da maioria é imposta a todos pelo Direito.³

Já Dalmo Dallari sustenta que o conceito de Estado assenta-se em quatro elementos básicos: a soberania, o território, o povo e a finalidade, nos seguintes termos:

A ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa do bem comum, com a

¹ SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, p.214-225, jul./set. 2005, p.216.

² BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 121.

³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.299.

vinculação deste a um certo povo e, finalmente, a territorialidade limitadora da ação jurídica e política do Estado está presente na menção a determinado território.⁴

Canotilho observa que a ideia de soberania encontra-se atualmente em fase de transformação e questionamento em face dos novos fenômenos que envolvem o relacionamento entre os Estados ditos soberanos:

O Estado, tal como acaba de ser caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Westfália (1648). Este modelo, assente, basicamente, na ideia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal.⁵

Após o surgimento do Estado moderno, caracterizado pela presença do poder soberano, o seu conceito passou por várias transformações, até se chegar à ideia do Estado Democrático de Direito, fórmula política adotada atualmente em quase todos os países ocidentais, consoante se demonstrará a seguir.

1.1.1 Estado Estamental

Nesse tipo de Estado, surgido no início do século XVII, constata-se uma organização política em transição, na qual se observa um poder estatal concentrado no rei, mas já com certa divisão em favor das ordens ou estamentos (Parlamentos, Cortes etc). Sobre o assunto Jorge Miranda comenta:

A ideia básica que nele se encontra é a dualidade política rei-estamentos, sucessora do dualismo rei-reino medieval. O rei e as ordens ou estamentos criam a comunidade política. O rei tem não só a legitimidade como a efectividade do poder central, mas tem de contar com os estamentos, corpos organizados ou ordens vindos da Idade Média. Rei e estamentos exprimem, de certa maneira, um enlace entre Estado e sociedade.⁶

Na Inglaterra, a concessão de direitos pelo monarca em favor de determinados grupos sociais que detivessem algum poder de relevo já podia ser observada anteriormente, como ocorreu com a Magna Carta de 1215, quando foram conferidos direitos pelo Rei João Sem Terra em benefício da aristocracia feudal, renunciando o Estado Estamental.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1972, p.104.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999a, p.86.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. t. I, p.77.

O reconhecimento e a concessão gradual de direitos tiveram prosseguimento na Inglaterra e em outros países da Europa pelos séculos posteriores, culminando com a obtenção de verdadeiras declarações de direitos humanos oponíveis às prerrogativas da coroa.⁷

1.1.2 Estado Absoluto ou Estado de Polícia

Esse tipo de Estado se caracterizou pela concentração de poder nas mãos do monarca, cuja vontade representava a lei suprema (*regis voluntas suprema lex*). A lei era vaga e ficava inteiramente sob o domínio do rei, que sequer poderia ser responsabilizado pelos atos que praticasse contra seus súditos (*the king can do no wrong*).⁸

Podem ser identificadas duas fases nesse tipo de Estado. Na primeira, o fundamento do poder do soberano tinha natureza religiosa, já que este teria sido escolhido por Deus. Na segunda fase, tem-se o despotismo esclarecido, sedimentado nas ideias dos filósofos iluministas, segundo as quais o fundamento do poder do governante passou a ser racional, mas este permaneceu com atuação ilimitada e irresponsável juridicamente.

O Estado Absoluto surgiu a partir do fim do feudalismo e foi se consolidando à medida que o governante concentrava poderes em suas mãos, alcançando o seu ápice na Idade Moderna, época em que se tornou célebre a frase de Luis XIV: “O Estado sou eu” (*L’Etat c’est moi*).

O Estado Absoluto somente veio a sucumbir com o advento das revoluções europeias, iniciando-se na Inglaterra com a Revolução Gloriosa de 1688, que acarretou a assinatura da *Bill of Rights* em 1689, instituindo o governo parlamentar inglês. Já na França, o absolutismo foi afastado pela Revolução burguesa de 1789. Sobre o assunto, Canotilho pontifica:

A ideia de um Estado domesticado pelo direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a ideia de *rule of law* (‘regra do direito’ ou ‘império do direito’). Na França emergiu a exigência do Estado de legalidade (*État legal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do Estado constitucional, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do Estado de direito (*Rechtsstaat*), isto é, um Estado subordinado ao direito.⁹

⁷ SILVA, Ênio Moraes da, op. cit., 2005, p.217.

⁸ SILVA, Ênio Moraes da, op. cit., 2005, p.218.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999b, p.24.

Assim, desde os seus primórdios, a concepção do Estado de Direito está ligada à ideia de contenção do Estado pelo Direito, ou seja, o Estado de Direito é uma forma de organização política cuja atividade é determinada e limitada pelo Direito.

1.1.3 O Estado de Direito

A expressão *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*) é considerada de origem alemã, porquanto naquele país se desenvolveu a doutrina de um Estado subordinado ao Direito.

As revoluções europeias contra o Estado Absoluto tiveram como objetivos principais submeter os governantes à vontade da lei, produto da vontade geral do povo, e garantir o respeito às liberdades fundamentais das pessoas pelo poder público. Assim, a limitação do poder do Estado e o respeito aos direitos fundamentais do homem representaram as principais características do Estado de Direito liberal. Segundo Paulo Bonavides:

Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant. Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia.¹⁰

O Estado inglês sedimentado na ideia do *The Rule of Law* (“regra do direito” ou “império do direito”), pode ser considerado como o antecedente imediato do Estado de Direito. Segundo Canotilho, a “regra do direito” significava quatro coisas para os britânicos:

Em primeiro lugar, significa a obrigatoriedade da adoção de um processo justo legalmente regulado quando se torna necessário julgar e punir os cidadãos, privando-os de sua liberdade ou propriedade. Em segundo lugar, a regra do direito impõe a prevalência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. A sujeição de todos os actos do poder executivo à soberania dos representantes do povo (parlamento) recorta-se como a terceira ideia da regra do direito. Finalmente, a regra do direito significa direito e igualdade de acesso aos tribunais por parte de qualquer indivíduo a fim de aí defender os seus direitos segundo os princípios do direito comum e perante qualquer entidade (pública ou privada).¹¹

Assim, o Estado inglês do *rule of law*, caracterizador da relação do poder público inglês com os seus cidadãos, tem caráter mais restrito que o Estado de Direito, principalmente no que diz respeito à limitação do governo pela Constituição.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.41.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999b, p.25.

Já o Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*) surgiu no início do século XIX, tendo como características: 1) ser um Estado liberal, limitado à defesa da ordem e segurança públicas; 2) as questões econômicas e sociais ficaram sob o domínio dos mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência; 3) a garantia dos direitos fundamentais decorreria do respeito de uma esfera de liberdade individual, sendo que a liberdade e a propriedade somente poderiam sofrer intervenções por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular; 4) a limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano, estando este também submetido ao império da lei; 5) os poderes públicos, nas áreas de defesa e segurança públicas, deveriam atuar nos termos da lei (princípio da legalidade da administração); 6) a existência de um controle judicial da atividade da administração pública, que, no modelo alemão, poderia ser feito ou pela jurisdição ordinária ou pelos tribunais administrativos.¹²

A Revolução Americana com seus princípios expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas em 1776 destacou a garantia da supremacia da vontade do povo, a liberdade de associação e a possibilidade de manter um permanente controle sobre o governo. O povo detém o direito de elaborar uma lei superior – a constituição, na qual devem constar os esquemas essenciais do governo e seus respectivos limites. O governo que se aceita será somente aquele subordinado a leis transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na Constituição.¹³

Pablo Lucas Verdú sustenta que, ao ser abrangido pelo Estado Constitucional, o Estado Liberal de Direito estabeleceu as seguintes premissas:

- a) primazia da lei, que regula toda a atividade estatal, tanto na esfera executiva quanto no âmbito jurisdicional; entenda-se a lei em sentido formal, elaborada por órgãos legislativos do Estado (nas democracias liberais, pelo parlamento); formalmente, os cidadãos são iguais perante a lei;
- b) um sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade;
- c) legalidade da Administração Pública, estabelecendo-se o sistema de recursos (contra suas decisões) correspondente;
- d) separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos – essa separação pode ser interpretada de diferentes modos;

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999a, p.92-93.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999b, p.25.

e) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos;

f) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional;

g) em alguns casos, controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo – esse controle se efetua de várias formas, segundo a realidade de cada país.¹⁴

Na França, a ideia do Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, sofreu enorme influência da classe burguesa responsável pela formulação dos princípios filosóficos da Revolução de 1789. Neste sentido, Paulo Bonavides sustenta que:

A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.¹⁵

A França revolucionária deixou um importante legado em relação à concepção do Estado de Direito: este somente existe quando houver uma constituição feita pelos representantes da nação. Outrossim, uma sociedade cuja lei superior não contenha uma declaração ou catálogo de direitos e uma organização do poder político segundo o princípio da divisão de poderes não tem verdadeiramente uma constituição.

Por outro lado, a França construiu uma pirâmide jurídica, tendo no seu pináculo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, afirmando paradoxalmente o primado da lei com base na doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa, erigindo, na prática, o Estado Legal. Por conseguinte, “a supremacia da Constituição foi neutralizada pela primazia da lei. [...] um Estado relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da Constituição.”¹⁶ Por esse motivo, fala-se do constitucionalismo francês como um constitucionalismo sem Constituição.

O positivismo jurídico, tendo Hans Kelsen como um dos seus expoentes, contribuiu para transformar o Estado de Direito em Estado de legalidade ou Estado Legal, segundo o

¹⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.14.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2004, p.42.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999a, p.92.

qual, se há um Direito superior, não positivado na lei, ele não vincula o Estado. Neste também não se questiona se a lei é justa ou não, basta que tenha sido elaborada e aprovada pelos meios legislativos formais para estar apta a produzir os seus efeitos, aplicando-se o mesmo raciocínio em relação à Constituição, a Lei Suprema, desprovida de qualquer valor ideológico.

No Estado Legal, a lei se constitui no seu ponto central, ocupando a doutrina e a jurisprudência papéis meramente coadjuvantes, já que com esta devem se compatibilizar, verificando-se, portanto, uma supervalorização do princípio da legalidade.

O problema do Estado Legal consistiu na questão da legitimidade da lei ou da sua ausência no processo de produção normativa. Enquanto Kelsen sustentava que nenhum tipo de valor de justiça integrava o conceito de Direito, a sociedade reclamava uma renovação do Estado de Direito, exigindo que a lei fosse necessariamente expressão da justiça. Os mecanismos para essa aferição deviam ser feitos previamente, para que a lei veiculasse um valor de Justiça postulado pela sociedade, e posteriormente, por meio de um órgão, o Poder Judiciário, a quem caberia rever aquelas normas jurídicas que porventura não retratassem essa expressão de justiça ou fossem a expressão da própria injustiça.¹⁷

1.1.4 O Estado Social de Direito

No Estado Legal, o princípio de igualdade não passava de uma mera formalidade jurídica, que em nada alterava a situação dos destinatários da lei. Outrossim, o Direito encontrado nesse tipo de Estado limitava-se a garantir uma liberdade negativa (abstenção do poder público), faltando-lhe um ideal de redução de distorções econômicas e equalização de oportunidades.

Sucedendo que, se por um lado o liberalismo impulsionava e garantia o desenvolvimento das liberdades públicas, por outro, ocorria, simultaneamente, a degradação dos aspectos econômicos e sociais daquela época, ou seja, a liberdade experimentada pelo indivíduo no Estado liberal abstencionista acarretou um grave quadro de desigualdades sociais, especialmente oneroso para a classe trabalhadora, impotente perante o poder econômico da classe dominante burguesa. A situação de penúria e miséria do proletariado e de outros segmentos sociais marginalizados no âmbito do Estado mínimo provocou o questionamento sobre o papel do Estado.

¹⁷ SILVA, Ênio Moraes da, op. cit., 2005, p.222.

As pressões sociais deste período desencadearam a luta de classes, implementada por ativistas revolucionários; a desestabilização das instituições públicas; o acesso dos trabalhadores a determinados direitos políticos, notadamente, ao voto e a elegibilidade; fazendo com que, paulatinamente, fosse surgindo o Estado Social também denominado *Welfare State*.

A estrutura política do Estado de Direito passou a sofrer uma forte modificação, evoluindo para se transformar no Estado Social, que “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”.¹⁸

Assim, pôde se verificar uma profunda modificação na função do Estado, que passou a se voltar para a conquista dos direitos econômicos e sociais. Do abstencionismo do Estado liberal, passou-se para a intervenção pública em favor do social, visando eliminar as desigualdades sociais e oferecer oportunidades para a promoção daqueles que se encontravam em condições desfavoráveis, reconhecendo que a própria sociedade não teria condições de desempenhar esse papel. Bonavides assinala que “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.¹⁹

Eliás Díaz indica resumidamente as principais críticas sobre o Estado liberal, bem como os aspectos positivos que possibilitaram o seu aperfeiçoamento e, posterior, substituição pelo subsequente modelo do Estado social de Direito:

O liberalismo clássico, com o seu fundo de individualismo burguês, constitui insuficiente garantia para a realização e proteção dos direitos e liberdades de todos os homens (e isto foi destacado com motivações e atitudes ideológicas diferentes e, mesmo, contrapostas). Com efeito, na ideologia do Estado liberal e na ordem social burguesa, os direitos naturais ou direitos humanos identificam-se, sobretudo, com os direitos da burguesia, direitos que só de maneira formal e parcial se concedem também aos indivíduos das classes inferiores. No sistema econômico capitalista que serve de base a essa ordem social, protegem-se muito mais eficazmente a liberdade e a segurança jurídica (ambas, por outro lado, imprescindíveis) do que a igualdade e a propriedade, entenda-se, a propriedade de todos.

Uma ampliação da zona de aplicabilidade desses direitos – mas sem alterar substancialmente os supostos básicos da economia – produz-se com a passagem ao Estado social de Direito; constituído este como intento necessário de superação do individualismo, por meio do intervencionismo estatal e da atenção preferencial aos chamados direitos sociais, o que aquele pretende é a instauração de uma sociedade ou Estado do bem-estar. Mais além deste, o processo dinâmico de democratização material e mesmo de garantia jurídico-formal dos direitos humanos, a sua mais ampla realização, é o que por sua vez justifica, em minha opinião, a passagem do

¹⁸ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2004, p.184.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2004, p.188.

sistema neocapitalista do Estado social de Direito ao sistema, flexivelmente socialista do Estado democrático de Direito.

Em qualquer caso, o do que se trata aqui e agora é de afirmar claramente que, apesar de todas as suas insuficiências em relação aos direitos humanos, o liberalismo constitui um ponto de partida válido para esse processo de democratização, devendo considerar-se, sem dúvida, como Estado de Direito em função também da luta, que sustentou contra o absolutismo, em prol dos direitos e liberdades fundamentais do homem e do cidadão.²⁰

No contexto histórico do Estado Social, destacou-se a Constituição Francesa de 1848, que continha um capítulo que reconhecia direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas, atribuindo à República a tarefa de proteger o cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho e pôr ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens, bem como assegurar, por meio de uma assistência fraternal, a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando lhes prover trabalho nos limites de seus recursos, seja dando, à falta de trabalho, socorro àqueles que estavam sem condições de trabalhar.²¹

Além da Constituição francesa de 1848, duas outras Cartas Políticas marcaram pelo pioneirismo em busca da justiça social: a Constituição mexicana de 1917, que antecipou determinados direitos sociais; e, precipuamente, a Constituição alemã de *Weimar de 1919*, que imprimiu uma nova característica para o Estado, marcado pelo espírito social, introduzindo importantes elementos para o desenvolvimento de direitos relativos à educação, propriedade, trabalho, previdência social etc.

Nesse período histórico, por intermédio de uma crescente intervenção na ordem econômica e social, o Estado passou a perseguir uma distribuição mais equânime dos bens de tal forma que a todos fossem disponibilizados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos. Entretanto, isso somente seria possível por meio da imposição de regulamentações e de novas obrigações ao cidadão.

Deve-se ressaltar que não se pode confundir o Estado Social com o socialismo, este visa combater o capitalismo, mudando radicalmente o eixo político do Estado, para resolver a questão social, procurando afastar o uso exacerbado da propriedade privada, propondo que esta seja melhor distribuída de forma impositiva, ao passo que, como esclarece Bonavides, o Estado Social:

²⁰ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1975, p.39-40. (Cuadernos para el diálogo).

²¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.45.

[...] conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importa modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram 'Estados Sociais'. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente, e o Brasil, desde a revolução de 1930.²²

Sem embargo dos objetivos realizadores da justiça do Estado Social, este não permaneceu isento de críticas, principalmente em face dos resultados alcançados, considerados insuficientes diante dos enormes problemas que persistem no meio social. José Afonso da Silva observa que:

[...] insuficiente a concepção do Estado Social de direito, ainda, que como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambiguidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. [...] Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Talvez até por isso se possa dar razão a ForsthoFF quando exprime a ideia de que Estado de Direito e Estado Social não podem fundir-se no plano constitucional.

O próprio Elias Díaz, que reconhece a importância histórica do Estado Social de Direito, não deixa de lembrar a suspeita quanto a 'saber se e até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo'.²³

As revoluções liberais incrementaram os direitos individuais e deram grande importância à liberdade pessoal, por outro lado, o Estado Social, procurou compatibilizar o capitalismo abrandado com elementos do socialismo, particularmente procurando uma distribuição mais justa das riquezas e socorrendo os mais necessitados, o que acabou por implicar em restrição aos direitos fundamentais do indivíduo.

Deve-se salientar que o primeiro grupo de direitos humanos, de caráter negativo por implicar em abstenção do Estado, foi originado a partir do combate dos liberais ao absolutismo, enquanto a segunda corrente de direitos humanos, de cunho social, surgiu como corolário da crítica do socialismo ao liberalismo. Esta segunda geração de direitos surgiu para viabilizar a implementação da primeira geração, isto é, para dar condições ao indivíduo de exercer sua verdadeira liberdade, reconhecendo que a igualdade formal decantada pelos liberais jamais se concretizaria pela mão do Estado neutro, não intervencionista, necessitando da força do Estado Social para trazer ao mesmo nível os desvalidos e carentes de

²² BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2004, p.184.

²³ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 30, p. 60-72, dez. 1988, p.65.

oportunidade daqueles que se encontravam em situação privilegiada, realizando a igualdade material.²⁴

O Estado Social de Direito representou uma conquista para a evolução da sociedade, notadamente em relação ao propósito de superar o individualismo clássico de caráter liberal, no entanto, a insuficiência desse modelo se revela quando a manifestação do seu aspecto social não passa de mero paternalismo, inserido em uma estrutura política concentradora de poder, autocrática, ou mesmo carecedora de legitimidade popular.

Com efeito, o Estado Social de Direito se coadunou com regimes políticos ilegítimos, antagônicos até mesmo aos seus objetivos fundamentais, permitindo a introdução de comandos de poder de cunho totalitário ou despótico, anulando o seu escopo de justiça social.

Em razão disso, surgiu a necessidade de superar esse modelo, avançando ainda mais na composição do conceito do Estado de Direito, o agregando-lhe outro indispensável elemento, que lhe permita realizar a integração conciliadora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo.²⁵

1.1.5 O Estado Democrático de Direito

Os doutrinadores defendem que vários aspectos devem ser considerados como necessários para a definição do conceito de Estado Democrático de Direito.

Para Karl Loewenstein, o aspecto principal do Estado Democrático de Direito consiste na distribuição do exercício do poder político entre os seus detentores e nos mecanismos institucionais de controle do poder político, fazendo com que este seja efetivamente submetido aos seus destinatários, isto é, ao povo, detentor supremo do poder. Afirma textualmente o referido constitucionalista:

*la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatários del poder, constituidos en detentadores supremos del poder.*²⁶

²⁴ SILVA, Ênio Moraes da, op. cit., 2005, p.225.

²⁵ DÍAZ, Elias, op. cit., 1975, p.127.

²⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976, p.149. (Coleccion Demos).

Sem embargo, não obstante o controle do poder político seja um elemento importante e imprescindível do Estado Democrático de Direito, este não se mostra suficiente para caracterizar todo o significado desse conceito. Este há que ser complementado com elementos relacionados à legitimidade do poder, do interesse público que deve movê-lo e da promoção da justiça social.

Dentre os outros aspectos que envolvem a ideia do Estado Democrático de Direito exsurge como o principal deles a soberania popular, que impõe a participação efetiva do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. A essência da soberania popular deve consistir na autêntica, efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal.

Para Canotilho, o princípio da soberania popular comporta cinco dimensões, historicamente sedimentadas, quais sejam: (1) o domínio político não é pressuposto e aceite, precisa de justificação, necessita de legitimação; (2) a legitimação do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância “fora” do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática; (3) o povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma negativa, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio “não populares” (monarca, classe, casta); (ii) de forma positiva, a necessidade de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder, pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) a soberania popular – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional materialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio; (5) a constituição, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais “as decisões” e as “manifestações” de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes.²⁷

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.418.

Ressalte-se, ainda, que o Estado Democrático de Direito somente se realiza quando propicia uma real proteção e garantia efetiva dos direitos humanos em seu bojo, daí alguns autores chegarem a defender que este deveria ser denominado de Estado Democrático de Direitos Humanos. Esse modelo de Estado somente alcançará a sua plenitude jurídica com a implementação da terceira geração de direitos fundamentais, os direitos de solidariedade, quando os direitos humanos forem direitos de todos, baseados em deveres de todos e não apenas do Estado.

Neste sentido, ao discorrer sobre os objetivos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais o de tornar efetivo para todos os direitos humanos, Elías Díaz pontifica:

Capitalismo e Estado liberal de Direito eram compatíveis, assim como o são neocapitalismo e Estado social de Direito; mas o eram com uma só condição: a de não tornar nem poder tornar efetivas para todos os homens, nem sequer (e isto me parece muito importante) para uma considerável maioria, as referidas exigências – lei como expressão da vontade popular, direitos humanos, quer dizer direitos próprios de todos os homens, etc. – que se aduziam como critérios legitimadores de tal Estado de Direito. Contudo, a pouca liberdade que existe no mundo conquistou-se preferentemente, não nos esqueçamos, no marco contraditório de tais Estados. O objetivo do Estado democrático de Direito é justamente o de tornar realidade aquelas exigências não cumpridas: para isso, o que se propõe como base é a liquidação do sistema neocapitalista e a passagem progressiva a um modo de produção socialista (que hoje deve saber harmonizar planificação e autogestão para alcançar um verdadeiro controle coletivo da economia).²⁸

Em suma, o Estado Democrático de Direito deve realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífico, numa sociedade livre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana. Jorge Miranda define como postulados do Estado de Direito:

- a) A definição rigorosa e a garantia efetiva, no mínimo, dos direitos à vida e à integridade pessoal, da liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra da igualdade jurídica entre as pessoas;
- b) A pluralidade de órgãos governativos, independentes ou interdependentes quanto à sua subsistência, e com funções distintas, competindo, nomeadamente, ao Parlamento o primado da função legislativa;
- c) A reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e dotados de garantias de independência dos juizes;
- d) O princípio da constitucionalidade, com fiscalização, de preferência jurisdicional, da conformidade das leis com a Constituição;
- e) O princípio da legalidade da Administração, com anulação contenciosa dos regulamentos e atos administrativos ilegais;

²⁸ DÍAZ, Elías, op. cit., 1975, p.131-133.

f) A responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes.²⁹

Desta forma, pode-se concluir que a adoção da fórmula política do Estado de Direito pelo ordenamento jurídico constitucional de um país implica na necessidade de se garantir que a atividade estatal esteja sempre adstrita à observância das normas jurídicas postas pelo próprio Estado. Outrossim, a divisão e a execução das funções estatais devem ser atribuídas a diferentes órgãos ou Poderes, garantindo, assim, a submissão a mecanismos eficazes de controle, tanto em seus âmbitos interno e externo, permitindo a participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação do Direito.

Impende salientar que o Estado de Direito não ostenta uma ideia pronta ou que possa ser resumida em um conceito único, mas representa verdadeiramente uma conquista, resultado da luta histórica do Direito para configurar o Estado, tarefa que se desenvolveu paulatinamente, contudo com tenacidade e sempre com o objetivo de limitação do poder político, como observa Lucas Verdú:

O Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito, o Estado Democrático de Direito se configuraram e se impuseram em meio a fortes resistências. Suas correspondentes estruturas normativas e institucionais não surgiram por encanto, pacificamente, sem luta. Brotaram após uma sementeira ideológica em conflito com outras ideologias e doutrinas que lhes eram contrárias. Seus respectivos interesses entraram em conflito. No final, acabaram prevalecendo aqueles que integravam o modelo de Estado preponderante, ainda que reminiscências e resquícios tenham passado de uns para outros, explicando os avanços e retrocessos, a evolução e a involução.

[...]

O Direito deparou-se com elementos de força que precisou dominar, a exemplo do poder político de um sujeito individual – do monarca mais ou menos despótico –, de vários sujeitos – aristocratas e oligarcas –, ou mesmo do poder socioeconômico de grupos privilegiados – senhores feudais.³⁰

Com efeito, a correta compreensão do conceito de Estado de Direito deve ser supedaneada nas ideias nucleares da submissão das formas de atuação do Estado aos ditames fixados no ordenamento jurídico, notadamente, a separação dos poderes em órgãos específicos e independentes entre si, os quais devem estar sujeitos a um amplo controle recíproco e da sociedade, observando-se, sempre, a ampla participação popular no processo de elaboração das normas jurídicas.

²⁹ MIRANDA, Jorge. A democracia representativa: princípios e problemas gerais. **Estudos Eleitorais**, Coimbra, v. 2, n. 1, p.30-42, jan./abr. 1998, p.35.

³⁰ VERDÚ, Pablo Lucas, op. cit., 2007, p.146.

Deste modo, estabelecida a concepção de Estado de Direito, faz-se necessário analisar de forma mais acurada a ideia da separação dos poderes, um de seus consectários fundamentais e um importante mecanismo de contenção do poder.

1.2 A separação dos poderes

Para se entender o surgimento do princípio da separação dos poderes no século XVIII, seu posterior desdobramento e inserção no texto constitucional de inumeráveis Estados do cenário político ocidental, faz-se mister a realização de uma análise histórica, uma vez que a questão do poder não é idêntica nos diversos períodos pelos quais passou a civilização ocidental.

1.2.1 Origem histórica do princípio

No século XVII, a Europa ocidental viveu o apogeu da justificação, propagação e consolidação da doutrina da soberania, a partir do conceito de Bodin (1576, *Les six livres de la Republique*) e da doutrina de Hobbes. Foram sedimentadas as ideias absolutistas, que justificavam filosoficamente a concentração dos poderes nas mãos de um soberano, limitado, este último, apenas pelo direito natural, isso do ponto de vista filosófico, mas, na prática, apenas pela razão ou vontade do próprio soberano e não pelo Direito.

A doutrina da soberania foi extraída de uma imposição casuística do poder, o poder do monarca, de direito divino e de poderes absolutos, cuja vontade se confundia com a vontade do Estado, como exemplifica a célebre frase atribuída a Luís XIV, *l'Etat c'est moi*. Esta concentração de poderes levou à degeneração, às arbitrariedades e ao abuso do poder, que passou a incomodar as classes sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos, notadamente, a ascendente burguesia comercial e industrial, e uma parte da nobreza não submissa ao trono. Com isso, inicia-se o término da Idade Moderna, como observa Bonavides:

Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos. Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas.

[...]

Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um

rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.³¹

Foi neste cenário de declínio do Estado Moderno do século XVIII, no qual a doutrina da soberania não mais era capaz de justificar o poder soberano do monarca, que se desviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas, que propiciou o desenvolvimento sistematizado da doutrina da separação dos poderes, como técnica de limitação do poder, levado a cabo por Locke e Montesquieu, o inglês com o seu “Tratado sobre o governo civil” e o francês com o célebre “Do Espírito das Leis”.

1.2.2 A formulação da teoria

Antes de Montesquieu, outros pensadores já haviam se dedicado à teorização do poder político e do seu exercício, chegando a identificar as distintas formas de atuar do Estado, no entanto, coube ao filósofo francês a formulação acabada da teoria da separação dos poderes, que foi posteriormente experimentada em diversas sociedades políticas.

Além de John Locke, considerado quase tão moderno quanto Montesquieu, embora menos afamado, Bonavides menciona outros precursores da separação dos poderes:

Distinguir Aristóteles a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes *potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu.

Em Bodin, Swift e bolingbroke a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente, mostrando quão próximo estiveram de uma teorização definida a esse respeito.³²

Com efeito, as ideias sobre a separação dos poderes já podiam ser identificadas nas obras “A política” de Aristóteles, “Tratado sobre o Governo Civil” de John Locke e “Princípios Políticos Constitucionais” de Benjamin Constant, dentre outras, além de terem sido mencionadas em estudos de Jean Jacques Rousseau e de Henry Bolingbroke, este, notadamente, em relação ao sistema de *checks and balances* ou de freios e contrapesos observado na Constituição dos Estados Unidos da América.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.136.

³² Ibid., 1996, p.136.

John Locke observou a existência de quatro poderes distintos: o Legislativo, o Executivo, o Federativo e o Prerrogativo (ou Discrecionário). Ao Poder Legislativo cabia a criação das regras jurídicas; ao Poder Executivo, a aplicação e execução destas prescrições nos limites territoriais de cada Estado. A Função Federativa era encarregada de declarar guerra e paz, constituir ligas e alianças, bem como resolver todas as questões tratadas fora do Estado. Por sua vez, a Função Prerrogativa detinha a atribuição de fazer o bem público, sem se subordinar a quaisquer regras predeterminadas, sua finalidade precípua era a tomada de decisões em situações de exceção, como a guerra e o Estado de Emergência, sob o jugo discrecionário do detentor de tal prerrogativa.³³

Themístocles Brandão Cavalcanti observa que, segundo o mencionado autor inglês, estes quatro poderes acabavam resultando em apenas dois, uma vez que “o executivo e o federativo deviam reunir-se em um só, para maior estabilidade da ação governamental, e o discrecionário ligar-se intimamente ao executivo”.³⁴ Estas quatro funções seriam exercidas apenas por dois órgãos do governo: o Parlamento, incumbido do exercício do Poder Legislativo, e o Rei, a quem competiria o exercício da Função Executiva e que, de acordo com a situação em que se encontrasse o governo e o Estado, poderia lançar mão dos Poderes Federativo e Prerrogativo. Quanto ao Poder Judiciário, este foi ignorado pela doutrina de John Locke, conforme acentua Gilmar Ferreira Mendes:

O Poder Judiciário, em Locke, brilha pela sua ausência. Claro que ele escreveu em um país em que a função de criar normas não é separada entre o Legislativo e o Judiciário, com a única ressalva que o juiz cria normas para o caso particular e concreto, e o Legislativo, normas abstratas. Em realidade, para ele, ontologicamente as funções têm a mesma natureza; têm função idêntica. Talvez por isso não se preocupasse em elevar o Judiciário à dignidade de um poder, eis que já o era, no sentido exposto.³⁵

Contudo, Montesquieu foi o pioneiro em afirmar a necessidade de as três funções do Estado – legislativa, executiva e judicial – serem desempenhadas por órgãos autônomos e distintos, que não devem guardar entre si qualquer relação de subordinação. Em sua obra “O espírito das leis”, o filósofo francês constatou três formas de governo: o despotismo, a monarquia e a democracia, fundamentadas, respectivamente, no temor, na honra e na virtude cívica. Se uma só pessoa ou um único corpo conseguisse reunir mais de um dos três poderes ou funções do Estado, a liberdade dos indivíduos estaria seriamente ameaçada, em virtude da

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999a, p.538.

³⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1958, p.400.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996, p.96.

excessiva concentração de poder. A solução consistiria na divisão do exercício do poder, de modo que somente uma parte dele caberia a um grupo de pessoas distinto dos que detêm diferente parcela do mesmo poder, que efetivamente é o mesmo, apenas dividido para que cada um dos grupos impeça o exercício abusivo e arbitrário pelo outro grupo.³⁶

Para Montesquieu, o exercício das funções estatais deve ser feito por órgãos distintos e autônomos, ou seja, à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que legislam, ou seja, estabelecem disposições de forma genérica e abstrata, não podem ser os mesmos que executam, assim como nenhum desses pode ser encarregado de decidir as controvérsias. Há de existir um órgão, comumente denominado de poder, incumbido do desempenho de cada função específica, do mesmo modo que entre eles não poderá ocorrer qualquer vínculo de subordinação.

Esclarece Cléve que o intento de Montesquieu consistia em elaborar uma técnica que viabilizasse uma forma equilibrada de governo, com atribuição de atividades específicas (funções) a órgãos distintos e autônomos, de forma que, no interior da estrutura do Estado, o poder fosse limitado e controlado pelo próprio poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*).³⁷

Assim, por meio do Poder Legislativo, criar-se-iam as leis para sempre ou para determinado período, bem como se aperfeiçoariam ou se anulariam aquelas anteriormente feitas. Por intermédio do Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, o príncipe ou o magistrado (conforme terminologia do próprio Montesquieu) se ocuparia das relações com outros povos, tratando da guerra ou da paz, enviando ou recebendo embaixadores, estabelecendo a segurança e prevenindo invasões. Por derradeiro, o Poder Judiciário ou Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, cuidaria das relações que os cidadãos possuem entre si, tendo o príncipe ou o magistrado a faculdade de julgar os crimes e as questões alusivas aos conflitos entre os particulares.³⁸

Para Montesquieu, a separação dos poderes, segundo os fins a que se propõem, garantiria a liberdade política, definida como aquela tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada indivíduo tem em relação a sua posição no plano da convivência social. A liberdade estará sempre presente quando houver um governo em face do qual os

³⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Victor Civita, 1973, p-157-162.

³⁷ Ibid., 1973, p.159-162.

³⁸ Ibid., 1973, p.157-162.

cidadãos não abriguem nenhum temor recíproco. A liberdade política exprimirá sempre o sentimento de segurança, de garantia e de certeza que o ordenamento jurídico proporcione às relações entre os indivíduos, sob a égide da autoridade governamental.³⁹

Montesquieu explicou também como a liberdade política pode ser extinta ou desaparecer, caso os poderes sejam executados abusivamente, como, por exemplo, quando houver a concentração de dois ou mais poderes num único titular.

Havendo concentração do Poder Legislativo e do Executivo nas mãos de um único governante, a liberdade sucumbiria ante a possibilidade da elaboração de leis tirânicas, sujeitas a uma execução igualmente opressiva.

Da mesma forma, inexistiria liberdade se a Função de Julgar não fosse separada dos Poderes Legislativo e Executivo. A conjugação do Poder de Julgar com o Poder Legislativo implicaria inexoravelmente em arbítrio, uma vez que o juiz legislador disporia de poderes sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, sem qualquer controle. Já a conjugação do Poder Judiciário com o Poder Executivo à disposição de um titular exclusivo conferiria ao juiz a força de um opressor.

Em suma, para Montesquieu tudo estaria realmente perdido se o mesmo homem ou associação de homens exercesse todas as três funções. Essa excessiva concentração de poderes acabaria resultando no despotismo, com a supressão total da liberdade política.

Impende salientar que Montesquieu não se limitou a formular a teoria sobre a natureza dos três poderes, mas dispôs também sobre a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, fazendo distinção entre a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir. Como a realidade social não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento, estes são compelidos a atuar de forma harmônica e as faculdades de estatuir e de impedir anteciparam a técnica dos *checks and balances* (freios e contrapesos), desenvolvida posteriormente na Inglaterra por Bolingbroke.⁴⁰

Outrossim, foi Montesquieu o responsável pela inclusão expressa do Poder de Julgar entre os poderes fundamentais do Estado, antecipando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente. Entretanto, resta indubitável o caráter secundário que o mesmo

³⁹ Ibid., 1973, p.157.

⁴⁰ Ibid., 1973, p.157-159.

atribuía a esse poder, como se observa no trecho a seguir, no qual o pensador francês procurava justificar a existência da Câmara Alta - corpo legislativo formado por nobres -, ao lado do corpo legislativo formado por representantes do povo:

O Poder de Julgar não deve ser outorgado a um Senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.

[...] Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é bastante capaz de produzir esse efeito.⁴¹

De outra banda, a preocupação dos norte-americanos com a tirania do legislativo, já mencionada por Locke e Montesquieu, notadamente, por parte de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, resultou na construção de um modelo de separação dos poderes no qual a supremacia do Poder Legislativo é mitigada, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes, mas tendo como verdadeiro objetivo o fortalecimento do Poder Executivo, diferenciando-se, deste modo, do modelo europeu que outorgava ao Legislativo papel preponderante.

Os federalistas reconheciam que o Poder Legislativo deveria necessariamente prevalecer nos governos republicanos. Todavia, em contrapartida, deveriam ser criados mecanismos para equilibrar estas forças, balanceando o peso dos poderes, dividindo e abrandando o Legislativo e fortalecendo o Executivo, como os que já existiam, por exemplo, na Inglaterra, entre a Câmara dos Lordes e dos Comuns. Nesse sentido, o trecho a seguir do artigo federalista n.º 51:

Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.

[...]

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e,

⁴¹ Ibid., 1973, p.157-159.

por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes.⁴²

Assim sendo, coube aos Estados Unidos da América situar o Poder Judiciário no mesmo nível político dos outros dois poderes do Estado, configurando sua moderna função no mundo. Cumpre destacar a célebre decisão de John Marshall, presidente da Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury versus Madison* (1803), que inaugurou o poder da *judicial review* (revisão judicial), segundo o qual cabe ao Poder Judiciário dizer o que é lei, ou seja, somente se consideraria lei o ato legislativo em conformidade com a Constituição, principiando aí o sistema de controle da constitucionalidade.

Esta contribuição, no entendimento de Bonavides, é “tão importante quanto a do federalismo e do sistema presidencial de governo, formas políticas também desconhecidas até o advento do sistema republicano nos Estados Unidos.”⁴³

Desta maneira, a formulação da doutrina da separação dos poderes, como técnica para a limitação do poder, foi posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII, quais sejam: na Inglaterra, a Revolução Gloriosa de 1688; a Independência Norte-Americana em 1776, e a Revolução Francesa em 1789, como reação aos abusos e injustiças decorrentes da concentração excessiva de poderes nas mãos do soberano, característica do Absolutismo da Idade Moderna, demarcando, assim, o início do Estado de Direito.

1.2.3 A positivação da teoria

No cenário do Estado absoluto, prevalecia a insegurança jurídica. Primeiro, porque havia vários ordenamentos paralelos vigorando simultaneamente, um para o clero, outro para os nobres, outro para o terceiro estado.⁴⁴ Segundo, porque as regras jurídicas não eram mais que as próprias palavras do príncipe. Terceiro, porque as relações comerciais eram assaz prejudicadas e atravancadas pelo sistema de privilégios, monopólios e favores reais, bem como pela ausência de um ordenamento jurídico unificado.

⁴² HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. São Paulo: Victor Civita, 1979, p.131, nota 18. (Os Pensadores).

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.305.

⁴⁴ Na França do Antigo Regime (*Ancien Régime*) e durante a Revolução Francesa, o termo Terceiro Estado (*tiers état*) indicava as pessoas que não faziam parte do clero (primeiro estado) nem da nobreza (segundo estado).

Este contexto sócio-econômico e jurídico não interessava à burguesia, classe emergente que já se mostrava socialmente hegemônica, contudo não era ainda politicamente dirigente, pois não dominava o aparato estatal, apesar de exercer certa influência sobre o mesmo.

A teoria da separação de poderes engendrada por Montesquieu como um postulado de bom governo e da garantia das liberdades servia perfeitamente aos interesses dos intelectuais que buscavam o acesso da burguesia ao poder. Cléve observa que a ideia era:

[...] tornar a classe hegemônica também politicamente dirigente. De que modo? Reorganizando a estrutura do poder político e submetendo-o a um rigoroso código de juridicidade. Esse movimento favorecerá a formação da teoria constitucional. Importa dotar o Estado de uma Constituição jurídica que delimite o raio de ação do poder político e promova o surgimento do binômio Estado/sociedade civil. A Constituição organizará o Estado, limitará o poder, positivará os direitos individuais reclamados pela burguesia. Assim, livres e seguros juridicamente, nenhum obstáculo impedirá o desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos.⁴⁵

Desta maneira, por se mostrar um eficiente mecanismo de limitação do poder pelo poder, a teoria da separação dos poderes adquiriu expressivo relevo, sendo incluída como princípio em diversas constituições do mundo ocidental. Houve, portanto, a positivação, a convolação de uma doutrina, elaborada teórica e ideologicamente, em princípio constitucional.

Nesse contexto, incumbe destacar a importância do papel dos *Founding Fathers*⁴⁶, que viabilizaram a transformação de uma doutrina em princípio constitucional, positivando na Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787 a divisão funcional dos poderes, conferindo, por meio de sua lei fundamental, as atribuições de cada um dos poderes: Legislativo (art. 1º), Executivo (art. 2º) e Judiciário (art. 3º), a exemplo do que já ocorrera na Constituição de Massachusetts, de 1780, e da Virgínia, de 1776.

Na França, o princípio da separação dos poderes foi incluído na Constituição de 1791, como também já havia integrado a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789, cujo artigo 16 chegou a proclamar que: “Qualquer sociedade em que a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

⁴⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.29.

⁴⁶ *Founding Fathers* (Patriarcas Fundadores), também conhecidos como *Framers of the Constitution* (Criadores da Constituição) são os líderes políticos que assinaram a Declaração de Independência ou a Constituição dos Estados Unidos da América.

No Brasil, a Constituição do Império, de 1824, consagrou o princípio da separação dos poderes nos seus artigos 9 e 10, mas acrescentou outro poder além dos tradicionalmente propostos por Montesquieu, o Poder Moderador⁴⁷, atribuído ao Imperador e declarado como a chave de toda a organização política, o qual tinha por finalidade manter a independência, o equilíbrio e a harmonia dos outros poderes políticos.

Após a proclamação da República, em 1889, e com o advento da Constituição de 1891, o Brasil passou a adotar a fórmula da tripartição dos poderes como concebida por Montesquieu.

Todas as constituições brasileiras contemplaram o princípio da separação de poderes em seus textos, com exceção apenas da Carta Política de 1937, que o suprimiu propositadamente em virtude do seu caráter ditatorial.

A atual Constituição Brasileira erigiu a separação dos poderes à condição de princípio fundamental da República Federativa do Brasil, motivo pelo qual é comum se sustentar que o Poder Legislativo detém o monopólio da elaboração das leis embasado na concepção original da teoria. Todavia, considerando o decurso de mais de dois séculos da elaboração da teoria da separação dos poderes por Montesquieu, bem como a evolução por que passou o modelo de Estado adotado nos países ocidentais e a própria realidade social, esta deve ser revista, buscando-se adaptá-la à realidade constitucional dos tempos atuais, bem como aprimorar os mecanismos de controle de sua ação.

1.2.4 O significado da separação dos poderes nos dias atuais

Como já dito anteriormente, a teoria de Montesquieu foi engendrada em pleno século XVIII, período de luta pela efetivação dos ideais iluministas e liberais, quando o poder oscilava entre “governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos”.⁴⁸ No entanto, com o decurso do tempo e com as mudanças operadas na ordem social, o princípio da separação dos poderes perdeu relevância,

⁴⁷ Dispunha a Constituição de 1824: “Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.” “Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.” BRASIL. Presidência da República. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 08 abr. 2008.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1996, p.146.

passando a ser alvo de críticas severas, as quais apontam a sua insuficiência para aplicação nos moldes atuais do Estado.

A ameaça de retorno ao Estado absoluto da realeza há muito cessou. Além disso, o contexto sócio-econômico sofreu profundas modificações. Paulo Bonavides observa que:

Desde porém que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criara consideráveis contra-sensos na vida de instituições que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada.

O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando, erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda.⁴⁹

Desde a época da elaboração da obra de Montesquieu até os dias atuais, a ordem social mudou consideravelmente. Antes, o homem detinha o domínio sobre um espaço vital que era suficiente para satisfazer todas as suas necessidades básicas e para garantir a sua intimidade. Hodiernamente isso não é mais possível, o Estado foi obrigado a assumir novas tarefas, passando a ser o responsável pelo bem-estar das pessoas, bem como pela sua liberdade. O enorme poder que o “Estado guarda em relação aos indivíduos e a forte relação de dependência destes em face dele podem contribuir para a proliferação de atentados contra a liberdade e para a invenção de um homem impotente diante do poder, a um tempo pai e senhor.”⁵⁰

Ademais, a sociedade não é mais composta de cidadãos iguais que cuidam livremente dos seus negócios e interesses privados, independentemente da ação estatal. A mesma relação de dependência que liga o cidadão ao poder une igualmente os cidadãos entre si, que formam grupos de atuação, os seres coletivos. Estes grupos – as grandes corporações, os sindicatos, os partidos políticos, as associações, a igreja, as grandes empresas, os conglomerados financeiros, as organizações não governamentais (ONGs) – são detentores de interesses próprios, os quais, na maioria das vezes, não coincidem com os interesses do Estado. Além disso, alguns destes grupos apresentam-se até mais poderosos que o próprio Estado.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1996, p.146.

⁵⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin, op. cit., 2000, p.43.

Assim sendo, atualmente, a preocupação do homem não se volta somente para o Estado, mas também para os grupos, que podem igualmente ameaçar a sua liberdade. O poder político deve ser limitado, mas a atuação do Estado é imprescindível para restringir o domínio dos grupos e corporações.

Deste modo, a aplicação da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, considerada como a destinação do poder estatal a três órgãos distintos, cujo exercício deve ser feito de maneira estanque e incomunicável, mostra-se obsoleta e ultrapassada. Contudo, isso não significa dizer que o fim da própria teoria deve ser cogitado. Esta continua sendo válida como técnica de distribuição de funções distintas entre órgãos relativamente separados, que devem atuar com harmonia e equilíbrio, como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades. Sobre o assunto, Jorge Reis Novais pondera que:

A divisão de poderes é agora essencialmente entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir, por outro lado, as condições da maior eficiência da atuação estatal, sem prejuízo, todavia, do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais. [...] Em segundo lugar, e por ventura de importância decisiva para a compreensão da natureza do Estado Social e Democrático de Direito, verifica-se o reforço da separação, independência e relevância do poder judicial no conjunto dos poderes do Estado.⁵¹

Sem embargo, a permanência da teoria nos ordenamentos jurídicos contemporâneos exigiu a realização de inúmeras revisões com o fito de manter-lhe compatível com as novas realidades social e econômica que surgiram. A missão atual dos juristas é a de adaptar a ideia de Montesquieu à nova realidade constitucional, aparelhando os Poderes para que possam fazer face às crescentes demandas sociais, mas também aprimorando os mecanismos de controle da ação de cada um deles, tornando-os mais seguros e eficazes.

Contudo, esta não é a única releitura que a doutrina tem proposto ao princípio da separação dos poderes. Outra formulação diz respeito à extinção do critério orgânico de classificação das funções, a qual passa a ser analisada a seguir.

1.2.5 A insuficiência do critério orgânico para determinação das atribuições

Como já ficou explicitado, o poder político é um só, o qual se exterioriza por meio das funções estatais, cabendo à Constituição de cada Estado a definição de quais são essas

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p.34-35.

funções e que órgãos irão exercê-las. Outrossim, a teoria da divisão dos poderes foi concebida como garantia da liberdade, para que o poder seja limitado pelo próprio poder por meio do controle recíproco e interação dos três grandes órgãos estatais: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Por outro lado, considerando que, na prática, não se vislumbra uma função como atividade exclusiva de um único órgão, esbarra-se na dificuldade de se encontrar a exata noção de cada função estatal. Para tanto, os juristas se utilizam geralmente de dois critérios: o material e o orgânico.

Pelo critério orgânico, esculpido por Montesquieu e, posteriormente, ratificado por outros pensadores, as funções seriam definidas como legislativa, executiva e judiciária, conforme as autoridades que as exercessem.

Como já restou demonstrado ao se tecer considerações sobre a obsolescência da teoria da separação dos poderes como engendrada originalmente, o critério orgânico ou institucional se mostrou insuficiente para abarcar todas as realidades conjunturais. Sua grande deficiência decorreu da adoção de um modelo de sistematização organizacional, isto é, por buscar atribuir aos centros ativos das funções as próprias titularidades das mesmas, confundindo o órgão que possui a titularidade do exercício do poder, com o poder em si.

Como exemplo da inadequação do critério orgânico, pode-se citar o controle do Executivo pelo Legislativo. Segundo este critério, tal atividade deveria ser considerada função legislativa, já que exercida por este Poder, no entanto, sua natureza é idêntica às atividades administrativas propriamente ditas.

Desta forma, em face da insuficiência e inaptidão do critério orgânico, alguns juristas passaram a propor a classificação das funções estatais sob o aspecto material, que leva em consideração a essência jurídica do poder.

Segundo o critério material, o que importa é a essencialidade da atividade, independentemente do órgão que a exerça. Desta forma, a função legislativa consiste na elaboração de normas gerais, abstratas, impessoais, impostas coativamente a todos e

denominadas de leis.⁵² Já a função administrativa ou executiva consistiria na atividade concreta do Estado, dirigida à satisfação das necessidades coletivas, de maneira direta ou imediata, estando sua nota tipificadora na realização de algo concreto, em casos individuais. Por fim, a função jurisdicional tem por escopo interpretar e aplicar a lei aos casos concretos, a fim de dirimir os conflitos de interesses.⁵³

Defendendo a utilização do critério material na classificação das funções estatais, Eros Grau separou-as em função normativa – de produção das normas jurídicas (= textos normativos); administrativa – de execução das normas jurídicas; e a função jurisdicional – de aplicação das normas jurídicas. Como função estatal deve-se entender a expressão do poder estatal, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico.⁵⁴

Ainda segundo o aludido autor, o conceito de função normativa supõe a colocação de duas premissas: primeira, a norma jurídica constitui um elemento essencial ao ordenamento jurídico; segunda, a norma jurídica consubstancia inovação de preceito primário no ordenamento jurídico. Já a norma jurídica pode ser definida como o preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico, não se olvidando que a norma jurídica não tem existência isolada, mas sim em um complexo de outras normas relacionadas entre si (ordenamento jurídico).⁵⁵

A função normativa consiste no dever-poder de emanar estatuições primárias, impostas com força própria, contendo preceitos abstratos e genéricos, em decorrência do exercício de um poder originário, caso essa atribuição provenha, explícita ou implicitamente, da Constituição, ou de um poder derivado, quando atribui-se poder normativo a um órgão que ordinariamente não o detinha, por meio de lei formal.

Neste caso, a função normativa não é similar à função legislativa. Esta decorre da adoção do sistema de divisão de poderes, que confia a determinados órgãos a tarefa suprema de constituir (integrar) o ordenamento jurídico. Estes órgãos, que constituem o Poder

⁵² ARAÚJO, Rosa Maria Felipe. **O princípio da separação de poderes e a competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2001, p.17.

⁵³ Ibid., 2001, p.17.

⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.236-237.

⁵⁵ Ibid., 2005, p.239.

Legislativo, são encarregados de emanar prescrições primárias, geralmente, com conteúdo normativo. Contudo, do Poder Legislativo também promanam certos atos que não são voltados à integração do ordenamento jurídico, albergando, portanto, diverso conteúdo e diversa finalidade, ou seja, atos legislativos que se constituem em lei apenas em sentido formal, mas sem conteúdo normativo. Desta forma, Eros Roberto Grau esclarece que:

A distinção entre função normativa e função legislativa impõe-nos a manipulação de critérios distintos: a noção de função normativa pode ser alinhada desde a consideração de critério material; a de função legislativa apenas se torna questionável na consideração de critério formal.⁵⁶

Assim, os regulamentos são considerados estatuições primárias, porquanto impostas por força própria, mesmo que não emanem de um poder originário. Apresentam-se como derivados, pois se fundamentam sobre uma atribuição de poder normativo contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal. Por conseguinte, o exercício da função regulamentar não decorre de uma delegação de função legislativa. E arremata Eros Grau:

O fundamento do poder regulamentar, pois, está nesta atribuição de poder normativo – e não no poder discricionário da Administração (como, equivocadissimamente, apregoam nossos publicistas). Assim, o fundamento da potestade regulamentar decorre de uma atribuição de potestade normativa material, de parte do Legislativo, ao Executivo. [...] Tal atribuição não há de ser necessariamente explícita, surgindo, por vezes, de modo implícito.⁵⁷

Assim sendo, considerando o aspecto material, as funções estatais se classificam em normativa, administrativa e jurisdicional, já sob o aspecto orgânico a classificação seria em legislativa, executiva e jurisdicional. Conciliando os dois critérios, a função normativa compreenderia a função legislativa, a função regulamentar e a função regimental, esta referente à normatividade emanada do Poder Judiciário.

A função normativa, portanto, não seria exclusiva do Poder Legislativo, podendo ser também exercida por outros órgãos (Executivo ou Judiciário), desde que prevista a atribuição na Constituição Federal ou em lei em seu sentido formal.

Com este entendimento, além de formular uma releitura do princípio da separação dos poderes, Eros Roberto Grau deu novo enfoque, também, ao princípio da legalidade. Para o Ministro do STF, como o princípio da reserva legal, esculpido nos artigos 5º, II e 68, §1º da Constituição Federal de 1988, restringiu as matérias que não podem ser objeto de delegação e,

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto, op. cit., 2005, p.241.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto, op. cit., 2005, p.243.

por conseguinte, somente devem ser tratadas por meio de lei, pode-se concluir que as matérias que não estejam ali albergadas podem ser versadas por regulamentos.

Sob esse fundamento, os regulamentos, em razão de decorrerem do exercício do poder normativo de um órgão que o possua como função típica, imporiam obrigações e deveres reputados como surgidos por meio de lei, vale dizer, com força de lei. Sobre a definição de força de lei, Jorge Miranda sustenta que:

A força de lei é um conceito relacional que se decompõe num duplo alcance material e formal, como capacidade de dispor, positiva e negativamente, originária e supervenientemente, sobre as relações e situações da vida, e como capacidade de agir ou reagir relativamente a outros 'actos jurídico-públicos'. Trata-se, portanto, da particular aptidão que a lei possui para inovar a ordem legislativa preexistente e que a diferencia dos outros atos estatais típicos (as sentenças e os atos administrativos).⁵⁸

Aduz, ainda, Eros Roberto Grau que, em razão de o texto constitucional ter atribuído implicitamente o poder regulamentar ao Poder Executivo, a expedição dos regulamentos autônomos estaria devidamente autorizada, pois “a sua emanção seria indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência”.⁵⁹

Por conseguinte, observa-se que Eros Roberto Grau pretendeu ampliar o significado do princípio da legalidade, por meio da mitigação do princípio da separação dos poderes, nos moldes que havia sido proposto por Montesquieu e que vem sendo adotado pelas constituições brasileiras. O referido autor defende a possibilidade do Poder Executivo exercer poder normativo, desde que o seja com limitações quanto ao seu conteúdo e ao seu exercício desvinculado, tal qual se verifica nos casos da Justiça Eleitoral, consoante será visto oportunamente.

Com efeito, a doutrina reconhece a necessidade da modernização da ideia da separação dos poderes em virtude da nova realidade constitucional, notadamente considerando a possibilidade de exercício de função normativa por outros poderes. Nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, o princípio da separação de poderes exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Verifica-se a imperiosa necessidade de

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Actividade constitucional do Estado. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. V, p.220.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto, op. cit., 2005, p.252-253.

flexibilização do seu conceito em favor das normas emanadas do Poder Executivo, como as medidas provisórias, que são editadas com força de lei, bem como para as normas advindas do Poder Judiciário, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral.

Sobre a necessidade da reavaliação dos contornos das funções em relação à ideia da separação de poderes, Vicente Ráo escreveu:

A maior extensão dos deveres do Estado moderno, para além da ordem estritamente jurídica, exige-se-lhe confirmem novos poderes, para o exercício dos quais há de se apresentar instrumentalmente aparelhado, a fim de poder exercer as suas funções a tempo e com eficiência. [...] Tem-se sustentado ser necessário que o Governo possua e mantenha em atividade um sistema adequado de meios e instrumentos de disciplina equacionado com a especialização e a complexidade crescente dos problemas sociais e particularmente dos problemas econômicos contemporâneos. E mais se tem dito e vem dizendo que esses meios e instrumentos devem possuir flexibilidade bastante para prevenir ou remediar tempestivamente as crises ocorrentes, o que jamais se conseguiria obter se a ação do Estado devesse depender só e sempre das insuficiências e das delongas dos processos legislativos tradicionais, ou seja, das assembleias constituídas por centenas de membros em sua maior parte desprovida de conhecimentos técnicos especializados e atentos, as mais das vezes, aos interesses das forças que os elegeram que às necessidades reais da nação.⁶⁰

Assim, a possibilidade de exercício de função normativa por outros Poderes, nos dias atuais, não contraria a concepção atual do Estado de Direito e do princípio da separação de poderes.

1.2.6 A separação de poderes e a realidade constitucional brasileira

No decorrer da história constitucional brasileira, o princípio da separação dos poderes foi sedimentado em três parâmetros: primeiro, na independência e harmonia entre os poderes; segundo, na indelegabilidade de poderes; e terceiro, na inacumulabilidade de funções de poderes distintos, os quais funcionavam como verdadeiros dogmas para o intérprete constitucional.

A independência dos poderes significa que, no exercício das atribuições que lhes são próprias, consoante disposições constitucionais e legais, cada Poder é livre para atuar, não necessitando consultar os demais, nem contar com a sua autorização. A Constituição garante a existência de um mínimo e de um máximo de independência a cada órgão que exerce uma

⁶⁰ RÁO, Vicente. **As Delegações Legislativas no Parlamento e no Presidencialismo**. São Paulo: Max Limonad, 1966, p.16-18.

determinada função, a fim de que seja evitada a interferência excessiva de um poder no outro e, por conseguinte, a sua desfiguração.

Já a harmonia consiste no fato de que deve haver consciente colaboração e controle recíproco entre os poderes, sendo vedado o domínio de um pelo outro e a usurpação de atribuições. Ocorrendo acréscimo de atribuições, faculdades e prerrogativas de um poder em detrimento de outro ou dos demais, estará caracterizada a desarmonia.

Há de se ressaltar, no entanto, que a divisão de funções entre os órgãos do poder e sua independência não são absolutas. A própria Constituição permite interferências para estabelecer um sistema de freios e contrapesos, que garanta o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. A delimitação de áreas específicas de independência e a harmonia entre os Poderes visa, exatamente, garantir uma das finalidades precípuas do Estado Democrático de Direito: a limitação do poder. Assim, as interferências de um Poder sobre o outro, somente podem ser admitidas se tiverem por finalidade a realização do controle recíproco.

O Poder Legislativo é incumbido da edição de normas gerais e impessoais, no âmbito de um processo em que o Executivo tem participação importante, seja pela iniciativa das leis, seja pela sanção e pelo veto. Sem embargo, a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer tanto em relação a projetos de iniciativa dos parlamentares quanto às emendas aprovadas aos projetos de sua iniciativa. Em contrapartida, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e promulgar a lei pelo Presidente do Senado, se o Presidente da República não o fizer no prazo estabelecido na Constituição.

Ademais, o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, contudo pode solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa e marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 64 da Carta Magna. Outrossim, os Tribunais não podem influir no Legislativo, mas podem declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso. Por fim, o Presidente da República não interfere na função jurisdicional, todavia tem a prerrogativa de

nomear os ministros dos tribunais superiores, sob controle do Senado Federal, a quem cabe aprovar o nome do escolhido (Constituição Federal, art. 52, III, a).

Em relação à indelegabilidade de poderes, esta foi prevista nas Constituições de 1934 (art. 3º, § 1º) e de 1946 (art. 36, § 2º), sendo vedada inclusive a delegação legislativa. No entanto, a Emenda Constitucional 4, à Constituição de 1946, acabou por revogar o princípio da indelegabilidade das atribuições, ao introduzir a lei delegada no Brasil. A Constituição de 1967 também trouxe a previsão da indelegabilidade das atribuições dos Poderes (art. 6º, parágrafo único), no entanto, em seus artigos 52, 53 e 54, admitiu a delegação legislativa.

A doutrina clássica sempre encarou com repulsa a delegação por considerá-la destruidora da separação de poderes e com o tempo, o princípio da indelegabilidade de atribuições acabou sendo abrandado, não constando mais de forma expressa na Carta Magna de 1988, mas podendo ser considerado como implícito na Constituição Cidadã em face da previsão da organização distinta das funções do Estado (art. 2º).

Pode-se dizer que o constituinte de 1998 andou bem ao excluir do texto constitucional a cláusula da indelegabilidade, uma vez que este prevê várias hipóteses de delegações de poderes a órgãos distintos dos originariamente competentes, como, por exemplo, a atribuição de poderes normativos ao chefe do Poder Executivo, os quais possuem força de lei, no caso as Medidas Provisórias, além das leis delegadas, previstas no artigo 59, incisos IV e V da Constituição Federal. Com isso, evitou-se a existência de uma aparente contradição entre a impossibilidade de se delegar funções e a previsão de o chefe do Poder Executivo da União editar medidas provisórias providas de força de lei e elaborar leis delegadas.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 49, inciso XI da Constituição Federal prevê que compete exclusivamente ao Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”, ou seja, o texto constitucional faz clara alusão à possibilidade de atribuição normativa aos outros Poderes, além do Legislativo.

Por derradeiro, a incompatibilidade de funções e poderes diferentes tem como escopo principal garantir a independência e a harmonia entre os poderes, que pressupõe a não subordinação recíproca entre os exercentes de cada poder, podendo, por este motivo, ser entendido como uma espécie de parâmetro de segundo grau. A incompatibilidade não foi adotada na atual Constituição brasileira, que prevê o exercício cumulativo de cargos no artigo

56, I da atual Constituição. Sem embargo, há críticas quanto a essa omissão, considerando que a cumulação de funções ou a confusão de poderes pode desvirtuar a vontade popular e ser utilizada para composições de interesse puramente pessoal, em detrimento do interesse público.⁶¹

Impende salientar que o inciso III, do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 inseriu a separação de poderes entre as chamadas cláusulas pétreas, ou seja, aquelas cláusulas intangíveis, que são insuscetíveis de mudança formal, por constituírem o núcleo irreformável da Constituição.

Deste modo, pode-se concluir que o princípio da separação dos poderes não deve mais ser aplicado de forma pura e rígida. Sua relevância persiste como técnica de distribuição de funções distintas entre órgãos relativamente isolados, visando barrar excessos desnecessários de poderes eventualmente usurpadores, “nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível”.⁶²

Tecidas estas considerações, passa-se, agora, efetivamente, ao estudo do princípio da legalidade para que, posteriormente, possa se aferir se o poder normativo da Justiça Eleitoral o contraria.

1.3 Princípio da Legalidade

Já ficou demonstrado anteriormente que o princípio da legalidade, ao lado do princípio da separação dos poderes, dentre outros, se constituem em fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o princípio da legalidade está consagrado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, significando que o Poder Público não pode exigir qualquer ação, impor qualquer abstenção, nem mandar proibir nada às pessoas, senão em virtude de lei.

⁶¹ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.75.

⁶² BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1996, p.147.

Este princípio é considerado um preceito multifuncional cujo núcleo essencial repercute no âmbito do ordenamento jurídico, dando origem a múltiplas expressões: devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária etc, as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma única ideia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais. Sobre a relevância do princípio da legalidade, Hugo de Brito Machado afirma:

Em nossa Constituição Federal está escrito que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Trata-se de uma regra jurídica da maior importância no ordenamento jurídico, porque se presta para a realização de valores fundamentais da humanidade. Se por lei entendermos o ato normativo produzido pelo Parlamento, composto de representantes do povo, podemos dizer que a legalidade realiza o valor democrático, posto que as obrigações estabelecidas por lei são de certa forma consentidas pelo povo. E mesmo quando a lei não seja fruto da vontade popular, ela será sempre uma previsão e por isto mesmo realiza o valor segurança.⁶³

Deste modo, o princípio da legalidade pode ser encontrado em diversos dispositivos da Constituição Federal, como, por exemplo, no artigo 5º, incisos II (legalidade genérica) e XXXIX (legalidade penal), no art. 37, caput (legalidade administrativa), no art. 150, inciso I (legalidade tributária) etc, assumindo distintas acepções.

1.3.1 Acepções do Princípio

Para os particulares, como a lei a eles é externa, deve-se, em respeito às suas liberdades, permitir tudo o que por ela não é mediata ou imediatamente restringido. Já a Administração, considerada como o próprio Estado na persecução dos seus fins, só pode fazer o que a lei permite, seja vinculada ou discricionariamente: a lei – o próprio Estado – pode determinar à Administração tanto os fins a serem alcançados e também os meios para persegui-los, como pode estabelecer apenas aqueles, deixando para a Administração - não mera executora – a escolha dos meios.⁶⁴ Esta é a concepção do princípio da legalidade expresso no artigo 37 da Constituição Federal, ou seja, da legalidade administrativa.

⁶³ MACHADO, Hugo de Brito. O Princípio da Legalidade e a Regulação de Serviços Públicos Delegados. **Boletim de Direito Administrativo - BDA**, São Paulo, v. 12, dez. 2004, p.1401.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, São Paulo, jul. 2004, p.770.

Assim, toda a atividade do Estado deve obedecer à lei, proibindo-se qualquer atividade livre ou juridicamente desvinculada. O Estado, ou o Poder Público, não pode exigir qualquer ação, impor qualquer abstenção ou proibir algo aos administrados, senão em virtude de lei. Esta, contudo, não deve ser considerada em seu sentido estrito, como o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição, mas em concepção ampla, considerando-se a constituição como a lei superior, vinculativa de todos os poderes do Estado, inclusive do próprio Poder Legislativo. Não obstante tenha a lei (*strito sensu*) deixado de ser o princípio e o fim da ordem jurídica, ela ainda ostenta *status* privilegiado na estrutura do Estado de direito por ser expressão da vontade geral veiculada por intermédio de órgãos representativos dotados de legitimação democrática direta.

Por outro lado, no âmbito do Direito Tributário, o princípio da legalidade vem contido no artigo 150, I da Constituição Federal, exprime a exigência de que, no Brasil, ninguém possa ser obrigado a pagar um tributo ou a cumprir um dever instrumental tributário que não tenham sido criados por meio de lei.

Há também que se distinguir o princípio da legalidade com o princípio da reserva de lei. Há reserva de lei quando uma norma constitucional estabelecer que a regulamentação de determinadas matérias somente possa de ser feita por lei em sentido formal, ou seja, lei complementar, lei ordinária ou lei delegada.

Desta forma, tem-se que o princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. O primeiro incide sobre todos os comportamentos humanos, sendo chamado de legalidade genérica, ao passo que o segundo se aplica tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. O princípio da reserva de lei, portanto, tem menor abrangência, mas apresenta maior densidade ou conteúdo, porquanto exige o tratamento de determinada matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo, sendo também denominado de legalidade específica.

Deve-se ressaltar que o princípio da legalidade surgiu no bojo do liberalismo, inspirado nas ideias jusnaturalistas, de soberania popular e da separação dos poderes, com o escopo de assegurar a supremacia do legislador ordinário em contraposição ao absolutismo monárquico. Com o passar do tempo, esse modelo de Estado de Direito adquiriu novas conotações, passando a ser paulatinamente substituído pelo Estado Constitucional, assim chamado em

virtude de, no seu âmbito, a Constituição, antes um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, ter se materializado e se tornado operativa, passando inclusive a controlar a própria validade das leis.

A superação do Estado Liberal, com o surgimento do Estado Social, implicou em alteração nas relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, tendo este último assumido uma força política e jurídica preponderante em relação aos outros poderes. O executivo passou a ter uma função mais ativa, enquanto Estado prestacional de serviços públicos, desvinculando-se da característica de Estado absenteísta do liberalismo. Para se desincumbir de seus novos encargos – construir obras públicas; controlar o câmbio e a emissão de moeda; prestar serviços públicos; negociar títulos públicos para arrecadar fundos; fiscalizar as instituições bancárias, financeiras, de seguros etc; incentivar determinadas atividades econômicas; controlar o mercado de ações; privatizar atividades, dentre outras – o Estado passou a agir cada vez mais por meios de outros instrumentos jurídicos que não a lei.

O entendimento de que a Administração somente poderia praticar atos cujo conteúdo seja conforme lei em sentido estrito traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade, que encara a Administração como mera executora da lei. Esta concepção não é mais aceita nos dias atuais, como observa Odete Medauar:

Essa conotação decorre da ideia da Administração como executora da lei, que predominou no século XIX e princípios do século XX. Hoje essa ideia vem sendo questionada, ante as atribuições atuais do Poder Executivo e da Administração e sobretudo porque a função administrativa nunca tenha se limitado a executar a lei ou a executar a lei de ofício. Embora norteadas pelo Princípio da Legalidade, a função administrativa não tem o fim único de executar a lei, desempenhando amplo rol de atividades que propiciam serviços, bens, utilidades, dificilmente ‘enquadráveis’ na rubrica ‘execução de lei’.⁶⁵

Como corolário da assunção pelo Estado Social de novos encargos, verificou-se o aumento da competência normativa do Poder Executivo e a ampliação da sua área de autonomia, tendo a lei lhe conferido maior grau de discricionariedade, maior liberdade de atuação. No entanto, o uso abusivo deste incremento da autonomia do Poder Executivo e a violação aos direitos fundamentais ensejaram, de um lado, a necessidade de subordinar os membros do Poder Legislativo à Constituição, e de outra parte, acarretaram uma reação do

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.53.

Poder Judiciário contra os excessos e abusos dos administradores e dos detentores da atividade legiferante.⁶⁶

A noção de Direito também sofreu modificações conceituais, o Direito por regras, sedimentado no culto à lei, deu lugar ao direito por princípios, substituindo-se a ideia nuclear de legalidade pelo princípio da juridicidade. Segundo o princípio da legalidade, todos devem obediência à lei, já pelo princípio da juridicidade, todos devem se submeter não somente à lei formal, mas ao Direito, que pode ser instrumentalizado por outros meios, ou seja, por todas as normas que compõem o ordenamento jurídico em todas as suas espécies, partindo da Constituição até o ato normativo emanado da entidade pública no exercício de sua função administrativo-normativa.⁶⁷

Uma das pioneiras na doutrina brasileira a propugnar a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, Cármen Lúcia Antunes Rocha, ressaltando a singular importância dos preceitos constitucionais, justifica sua posição nos seguintes termos:

A preferência que se confere à expressão deste princípio da juridicidade, e não apenas ao da legalidade como antes era afirmado, é que, ainda que se entenda esta em sua generalidade (e não na especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo, como se pode e se tem naquele. Se a legalidade continua a participar da juridicidade a que se vincula a Administração Pública – e é certo que assim é – esta vai muito além da legalidade, pois afirma-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas, ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito. A transformação não é apenas do nome do princípio, mas do seu significado e, em especial, do seu conteúdo.⁶⁸

Desta forma, mais importante que a legalidade, desponta a constitucionalidade, que deve ser entendida na dimensão de que toda lei ou ato normativo de um Estado deve estar em consonância com a sua Constituição e ser controlável perante a mesma, ou seja, poderá ser invalidada se contradisser a Constituição.

De qualquer forma, a compreensão do significante lei é imprescindível para a exata compreensão tanto do princípio da legalidade, quanto do princípio da juridicidade, uma vez que toda lei supõe-se constitucional até o trânsito em julgado da ação pertinente que vise à declaração do vício de inconstitucionalidade.

⁶⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p.28.

⁶⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.79.

⁶⁸ Ibid., 1994, p.79.

Ademais, apesar de mitigada a antiga concepção da lei como instrumento de autogoverno popular, a lei não perdeu sua relevância como expressão de direitos democráticos, motivo pelo qual deve ser reconhecida como um valor em si mesma, independentemente dos seus conteúdos e dos vínculos de derivação que mantém com os preceitos constitucionais, isto é, a lei não depende de nenhuma legitimação substantiva ou de conteúdo, ainda que possa ser invalidada se contrariar a Constituição, ela vale em princípio porque é lei e não pelo que disponha.⁶⁹

Assim sendo, importa que se realize um estudo do sentido da expressão lei para melhor compreensão do princípio da legalidade.

1.3.2 A Lei

Não há um sentido unívoco para o significante *lei*, seja em sua acepção comum ou jurídica. Nesta última, que se mostra relevante a este estudo, o termo lei ora é empregado para designar uma norma jurídica qualquer, independentemente do instrumento pelo qual seja vinculada, ora para designar apenas as normas jurídicas fruto do trabalho do parlamento; ora com o sentido de ordem jurídica.

Clemerson Cléve observa que nem mesmo os documentos jurídicos são precisos quanto ao sentido do vocábulo lei. Afirma ele:

É o caso da Constituição Brasileira. A expressão aparece no art. 5.º, caput, como sinônimo de ordem jurídica ('Todos são iguais perante a lei [...]'); no art. 5.º, XXXIX, é utilizada com o sentido de ato legislativo votado pelo Congresso – nesse caso, com o sentido de lei ordinária ('Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal'); no art. 5.º XXXV, emerge com o sentido de qualquer norma jurídica, inclusive constitucional se decorrente de Emenda, em face da vedação prevista no art. 60, § 4º, IV ('A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito') e, finalmente, no art. 173, § 3.º, reclama ser compreendida com o sentido de qualquer ato legislativo, exceto a resolução e o decreto legislativo ('A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade').⁷⁰

A doutrina define o conceito de lei como o ato jurídico, produzido por órgão estatal competente, com observância das regras do processo de elaboração, que resulte em norma genérica e abstrata.

⁶⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** — ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 1999, p.21-45.

⁷⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin, op. cit., 2000, p.62.

Para Rubem Limongi França a lei “[...] é um preceito jurídico escrito, emanado do poder estatal competente, com caráter de generalidade e obrigatoriedade.”⁷¹ Por sua vez, Vicente Ráo observa que o conceito da lei ostenta dois sentidos, um sentido amplo:

[...] compreensivo de toda norma geral de conduta que define e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância o poder do Estado impõe coercitivamente, como são as normas legislativas, as costumeiras e as demais, ditadas por outras fontes do direito, quando admitidas pelo legislador.

E outro sentido restrito ou próprio, quando a lei:

[...] é a norma geral de direito formulada e promulgada, por modo autêntico, pelo órgão competente da autoridade soberana e feita valer pela proteção-coerção, exercida pelo Estado.⁷²

Pode-se dizer que a lei é o resultado da atividade estatal de legislar, cabendo-lhe inovar originariamente a ordem jurídica, porquanto apenas ao produto desta função, é atribuída a faculdade de definir e limitar o desempenho dos direitos fundamentais, em conformidade com o texto constitucional.

Além de sua definição genérica, há que se distinguir lei em sentido material e lei em sentido formal. Sob o aspecto formal, Seabra Fagundes define a lei como “o ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa. Todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência outorgada, é lei no ponto de vista formal”.⁷³

Considerando o aspecto material, focado em seu conteúdo, o principal elemento de definição da lei é a generalidade de suas disposições. A lei formula regras gerais e abstratas, devendo ser aplicada a todos os casos futuros capazes de ser abrangidos pelo seu enunciado, destinando-se a todos os indivíduos que se enquadrem nas condições por ela determinadas. Ao distinguir lei em sentido formal e lei em sentido material, Rosa Maria dos Santos Nacarini discorre:

Lei em sentido material: reflete a própria norma jurídica, isto é, o ato jurídico normativo, caracterizado por sua generalidade e pelo fato de veicular hipoteticamente previsão, ou regra de conduta; tem por fim regular relações ou criar direitos. Abrange tanto as leis em sentido formal, que tenham obedecido, quando de sua elaboração, ao artigo 59 da Constituição Federal, isto é, os instrumentos normativos primários, como também os atos administrativos infralegais, ou seja, os

⁷¹ FRANÇA, Rubem Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.66.

⁷² RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1, p.243.

⁷³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.20.

instrumentos normativos secundários, desde que estes veiculem norma jurídica genérica e abstrata.⁷⁴

Segundo o critério de classificação da lei em sentido formal e em sentido material, infere-se que a positivação de lei em sentido formal, ou seja, aquela que tenha obedecido o devido processo legislativo, nem sempre implicará na introdução no sistema de lei em sentido material. Isto pode ocorrer na hipótese da lei, em sentido formal, regular situação particular, sem qualquer obediência ao critério da generalidade. Por outro lado, determinadas normas jurídicas, que não se consubstanciem em lei em sentido formal, podem consistir em lei em sentido material, dado seu caráter genérico e abstrato. Salientando a diferença entre esses conceitos Hugo de Brito Machado sustentou:

[...] uma lei, como tal produzida pelo órgão estatal competente para exercer a função legislativa, com observância do processo constitucionalmente estabelecido para esse fim, que simplesmente autorize o Chefe do Poder Executivo a criar, uma empresa pública, por exemplo [...] é lei em sentido formal, mas não é lei em sentido material. Por outro lado, uma norma, isto é, um ato regulador de conduta, dotado de hipoteticidade, ou, como afirma geralmente a doutrina jurídica tradicional, dotado de abstratividade e generalidade, como um regimento de um tribunal, ou de uma universidade, ou mesmo um contrato firmado entre particulares, é lei em sentido material.⁷⁵

A Constituição brasileira, segundo esclarece Clève, não adotou um conceito material de lei, podendo traduzi-la como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo).⁷⁶ Este entendimento, guarda consonância com o pensamento de Eros Roberto Grau (vide seção 1.2.5) no que se refere à equiparação dos atos normativos expedidos pelo Poder Executivo àqueles do Poder Legislativo, desde que previstos no rol do artigo 59 da Constituição Federal de 1988.

Assim, excetuando-se unicamente a emenda constitucional, que uma vez promulgada passa a integrar a Constituição como norma supralegal, as demais espécies normativas relacionadas no artigo 59 da Lei Fundamental - leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções - são consideradas lei em sentido amplo, já que emanadas de órgãos dotados de competência legislativa e podem, originariamente, inovar o ordenamento jurídico, instituindo direitos e criando obrigações.

⁷⁴ NACARINI, Rosa Maria dos Santos. Atividade Legislativa. **Revista Jurídica 9 de Julho**, São Paulo, Procuradoria da Assembleia Legislativa de São Paulo, n. 2, p.112-122, 2003, p.117.

⁷⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos tributários na constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p.124-135.

⁷⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin, op. cit., 2000, p.67.

Embora haja discussões teóricas sobre o conceito de lei, este não pode se afastar do contexto normativo-constitucional concreto. Por conseguinte, o conceito de lei não deve ser tributário de um determinado conteúdo, ou de determinados atributos. Atos legislativos são aqueles contemplados no artigo 59 da Constituição Federal, excluindo-se apenas a emenda constitucional, uma vez que a Carta Magna elegeu o critério formal como apto para que se possa compreender o significado da lei no direito brasileiro.⁷⁷

Deve-se observar que dentre as espécies normativas primárias indicadas no artigo 59 da Constituição Federal, somente as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas constituem lei em sentido estrito. Contudo, todas devem ser consideradas como atos legislativos (atos normativos primários), a distinção é que determinadas matérias indicadas pela própria norma constitucional e que constituem a chamada “reserva de lei” somente podem ser tratadas por intermédio de lei formal. Isso se justifica pelo fato de que, nas matérias consideradas de maior relevo pelo Constituinte, o ato legislativo deve ser produzido somente por meio de lei formal, exigindo a somatória de vontades emanadas de dois poderes, do Poder Legislativo, detentor da função legislativa ordinária, “que exprime no contexto democrático-pluralista um processo público geral (já que dele participa a generalidade dos sujeitos políticos)”⁷⁸ e do Poder Executivo, por intermédio do mandatário eleito, por ocasião da sanção ou veto.

Deste modo, entende-se a reserva legal como uma garantia que se apresenta às pessoas, segundo a qual determinadas matérias, relacionadas pela própria Constituição, devem ser obrigatoriamente veiculadas por meio de lei, em sentido formal, assegurando assim um controle mais amplo do seu conteúdo pelos órgãos competentes. Por conseguinte, pode-se concluir que o princípio da legalidade garante às pessoas que suas liberdades e o seu patrimônio não serão perturbados senão em decorrência de mandamento advindo do órgão e na forma determinada pela Constituição.

⁷⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin, op. cit., 2000, p.71.

⁷⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin, op. cit., 2000, p.69.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO E O SURGIMENTO DA JUSTIÇA ELEITORAL

No Brasil, pode-se afirmar que as eleições não são uma experiência recente, uma vez que o exercício do voto surgiu já com os primeiros núcleos de povoadores, logo após a chegada dos colonizadores. Era tradição portuguesa eleger os administradores dos povoados sob seu domínio, de modo que, os colonizadores lusitanos, assim que chegavam à nova terra descoberta, logo passavam a realizar eleições para escolha dos que iriam governar as vilas e cidades fundadas.

2.1 A Fase Colonial

As Ordenações do Reino, determinações legais emanadas do rei e adotadas em todas as regiões sob o domínio de Portugal, regiam a vida de todos os habitantes e, por conseguinte, regulamentavam também as eleições para os governos municipais, situação que perdurou até 1828.

Os bandeirantes paulistas, por exemplo, quando tomavam posse das terras em que encontravam metais preciosos, cuidavam logo de realizar a eleição do guarda-mor regente. Somente após esse ato eram fundadas as cidades.

As cidades e vilas da colônia já apresentavam uma divisão político-administrativa, no entanto, até a Proclamação da Independência, o povo elegia somente os governos locais, formados pelos conselhos municipais, que possuíam apenas atribuições político-administrativas, sendo a principal delas a de legislar de forma ampla sobre os assuntos inerentes às vilas ou às cidades. Estes conselhos eram formados por Câmaras Municipais compostas pelos chamados oficiais: juízes, vereadores, procuradores, tesoureiros, almotacéis¹

¹ Inspetor encarregado da aplicação exata dos pesos e medidas e da taxaço dos gêneros alimentícios.

e escrevões. Esses governos locais se submetiam aos Governadores-Gerais que representavam os reis de Portugal.²

A eleição dos oficiais era regida pelas Ordenações do Reino nos termos estabelecidos no Título 67 do seu Livro Primeiro, que representou, portanto, a primeira legislação eleitoral a vigorar no Brasil.

Nessa época do Império, as eleições nas vilas e cidades eram realizadas trienalmente, de forma indireta e em dois turnos. A população era convocada para as eleições no mês de dezembro, próximo do final do mandato do último Conselho. O povo elegia seus representantes que, por sua vez, iriam escolher os novos oficiais das Câmaras.

As eleições eram presididas pelo Corregedor ou Ouvidor do Rei, auxiliados por duas ou três pessoas idôneas da localidade, escolhidas para essa finalidade. Na sua falta, as eleições eram presididas pelo Juiz Ordinário mais antigo do lugar e, na ausência deste, cabia ao Vereador mais velho assumir a presidência do processo eleitoral.

No dia do pleito, o povo comparecia à mesa eleitoral e, sigilosamente, falava ao ouvido do Escrivão o nome dos seis candidatos de sua escolha. O Escrivão, também de forma sigilosa, anotava em separado o nome das seis pessoas que iam sendo votadas para exercerem o cargo de eleitores. Encerrada a votação, os juízes e os vereadores reuniam-se em vereança e, de forma secreta, procediam à apuração dos votos, sendo eleitos os seis mais votados de cada povoado ou vila.

As fraudes eram constantes, não obstante as Ordenações do Reino apresentassem disposições para garantir o sigilo do voto e evitar a influência de pessoas poderosas no resultado do pleito. Senão vejamos: “[...] quando se fizerem as eleições não estarão presentes os alcaides-mores, nem pessoas poderosas, nem senhores de terras, e se lá entrarem, que digam o que querem e enquanto requerem não prossigam os vereadores em sua vereação”.³

Encerrada a apuração pelos vereadores e juízes, os seis eleitores escolhidos pela maioria absoluta dos votos faziam o juramento de que, na escolha dos que ocupariam os cargos de oficiais das câmaras, optariam pelas pessoas mais qualificadas. Em seguida, os eleitos eram divididos em três grupos de dois e conduzidos para locais diferentes, onde não pudessem se

²FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Brasília: Conselho do Senado Federal, 2001, p.41-42.

³ Ibid., 2001, p.53.

comunicar com os outros grupos, a fim de que organizassem as listas dos oficiais a serem eleitos.

O processo de elaboração das listas não era simples. Primeiro, os dois eleitores deveriam entrar em consenso sobre os nomes a serem relacionados. Como cada grupo deveria organizar a sua própria lista esta eleição poderia durar dias ou até semanas. Os seis eleitos de cada cidade ou vila escolhiam três nomes para ocupar o cargo de juiz, três para o cargo de vereador, três para o cargo de procurador, três para o cargo de tesoureiro, três para o cargo de almotacel e mais três nomes para o cargo de escrivão.

Após a elaboração das listas tríplexes, os três grupos de eleitores as entregavam ao juiz mais antigo, devidamente assinadas, para que este realizasse a “apuração da pauta”, processo que consistia na verificação dos nomes das pessoas mais votadas nas listas. Em seguida, o juiz elaborava uma nova lista contendo os nomes dos eleitos aos três cargos de juizes, vereadores, procuradores, tesoureiros, almotacéis e escrivães de cada ofício. As listas de cada cidade ou vila eram assinadas, cerradas e seladas devendo ser abertas somente próximo do fim da legislatura vigente, quando então deviam ser conhecidos os componentes da nova legislatura.

Como a legislatura durava apenas um ano, o juiz que organizasse a lista final deveria também realizar o sorteio para saber quem iria começar o período legislativo e quem iria terminá-lo. O povo era convocado para assistir ao sorteio feito por um menino de até sete anos, que retirava os envelopes contendo os nomes dos oficiais.

Até o fim do Império, a influência religiosa no processo eleitoral era tão grande que algumas eleições eram realizadas dentro das igrejas, além de se exigir, durante certo tempo, a condição de professar a fé católica para ser eleito deputado. Ademais, os trabalhos eleitorais eram precedidos de cerimônias religiosas obrigatórias, que somente foram abolidas em 1881, com a edição da Lei Saraiva, sendo que a ligação explícita entre política e religião somente cessou com a vigência da Constituição de 1891, que determinou a separação entre a Igreja e o Estado.

As Ordenações Manuelinas e, posteriormente, as Filipinas determinavam que “homens bons e povo” nomeariam seis homens para eleitores que, por sua vez, escolheriam para os cargos do Conselho as pessoas que mais pertencentes lhes parecerem. Eram reputados como “homens bons” os nobres de linhagem e seus descendentes, os senhores de engenho e a alta burocracia civil e militar, além dos burgueses enriquecidos pelo comércio considerados

“homens novos”. Ademais, apesar da previsão da participação do povo, somente uma classe selecionada tinha capacidade de eleger e ser eleito.⁴

A verdade é que a seleção dos votantes de primeiro grau era feita com bastante rigor, sempre buscando beneficiar as famílias poderosas. Ressalte-se ainda que cabia ao representante do Rei o julgamento dos que lhe parecessem capazes do exercício do sufrágio, seja na escolha dos eleitores, seja na indicação final dos designados para os ofícios da Câmara. Em relação a estes últimos, elaborava-se um cadastro com seus nomes, documento que chegou a ser denominado, em razão da característica dos seus integrantes, de “os livros das nobrezas das câmaras”.⁵

Este minucioso processo seletivo em relação aos eleitores e futuros oficiais visava verificar o seu “zelo, suficiência e talento para bem servir nos ofícios da governança”, mas servia para indicar “os naturaes da terra, os mais velhos e nobres, sem raça alguma e para excluir as pessoas mecanicas – os que se dedicavam a serviços manuais – e mesmos seus filhos ou netos e os cristãos-novos”. Os judeus, os oficiais de justiça e fazenda também não podiam ser eleitos para exercer cargos públicos ou ofícios da governança, sendo essa exclusão considerada o início do delineamento das inelegibilidades que, posteriormente, viriam a ser utilizadas como instrumento de saneamento e equilíbrio do processo eleitoral.⁶

Nesta fase do Império, as eleições no Brasil eram realizadas apenas para eleger os governos locais e as câmaras, ou seja, tinham caráter regional. Contudo, em 7 de março de 1821, D. João VI convocou o povo brasileiro a escolher os seus representantes, em eleições gerais, para comporem as “Cortes Gerais de Lisboa”, com a finalidade de ser redigida e aprovada a primeira Carta Constitucional da monarquia portuguesa. Estas eleições abrangeriam todo o território brasileiro e teriam por finalidade eleger os deputados que representariam o povo nas “Cortes do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves”.

Nestas eleições, a representação do povo se faria de forma proporcional à população existente. A eleição seria de forma indireta e em quatro graus, sendo que somente no primeiro turno o voto era exercido por todos sem restrição quanto ao eleitorado⁷. As províncias eram

⁴ PORTO, Walter Costa. Eleições no Brasil Colonial. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v.48, n.186, p.105-114, jul./dez. 1995.

⁵ Ibid., 1995, p.108.

⁶ Ibid., 1995, p.108.

⁷ No princípio, o voto era livre, todo o povo votava. Com o tempo, porém, ele passou a ser direito exclusivo dos que detinham maior poder aquisitivo, entre outras prerrogativas. A idade mínima para votar era 25 anos.

divididas em comarcas e estas em freguesias. Os cidadãos das províncias votavam em outros eleitores, os compromissários, que elegiam os eleitores de paróquia, os quais, por sua vez, escolhiam os eleitores de comarca, que finalmente, elegiam os deputados. O excesso de formalidades fazia com que as eleições durassem vários meses, sendo que algumas províncias sequer chegaram a eleger seus deputados.

O número de compromissários era proporcional ao número de fogos. Por fogo entendia-se a casa, ou parte dela, em que habitasse, independentemente, uma pessoa ou família, ou seja, um mesmo edifício poderia ter dois ou mais fogos. Era nomeado um eleitor paroquial para cada 200 fogos e onze compromissários para cada eleitor paroquial.

Uma vez estabelecido o número de compromissários a ser eleito em cada freguesia, a junta eleitoral se reunia na Casa do Conselho, sob a presidência do juiz ou vereador mais antigo com o auxílio de um padre, dois escrutinadores e um secretário escolhidos entre eles, procedendo então, a eleição dos compromissários. Cada eleitor indicava o nome dos compromissários que desejava eleger, não podendo votar em si mesmo. Na fase seguinte, os compromissários eleitos passavam a escolher os eleitores de paróquia. Cada eleitor de paróquia recebia uma cópia da ata da eleição que servia como diploma de posse.

Em seguida, no domingo subsequente ao de sua eleição, os eleitores de paróquia de posse de seus diplomas dirigiam-se às Comarcas para eleger seus representantes, cujo número seria o triplo da quantidade de deputados a serem eleitos. Nesta fase, os eleitores de paróquia reuniam-se no Paço do Conselho, sob a presidência do Corregedor da Comarca que nomeava um secretário e dois escrutinadores. A escolha dos Eleitores de Comarca era feita de forma secreta, escrevendo-se o nome dos escolhidos em um papel e depositando-o em uma urna. Considerava-se eleito aquele que alcançasse no mínimo a maioria absoluta dos votos e, caso não alcançado este *quorum*, haveria nova eleição elegendo-se os mais votados em maioria simples.

No domingo posterior à sua eleição, os Eleitores de Comarca seguiam para a Capital da Província, onde se reuniam no Paço do Conselho com a maior autoridade civil do local, que presidiria a sessão para marcar a data da eleição dos deputados que representariam o Brasil junto às Cortes de Lisboa. No dia designado, após nomeação de um secretário e dois

Escravos, mulheres, índios e assalariados não podiam escolher representantes nem governantes. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **História das eleições no Brasil**. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

escrutinadores, cada eleitor de comarca declarava ao secretário o nome dos seus indicados, os quais eram anotados em uma pauta. O escrutínio se realizava logo após o encerramento da votação, considerando-se eleitos aqueles que obtivessem a maioria absoluta dos votos. Caso não fosse alcançado o número necessário de deputados, seria realizado novo escrutínio, elegendo-se os mais votados. Nesta primeira eleição geral realizada no Brasil, que possuía cerca de 2.300.000 habitantes, foram eleitos 72 deputados.⁸

Posteriormente, ainda foram realizadas duas outras eleições gerais no Brasil antes da proclamação da independência política de Portugal. Uma, por ocasião da reforma da administração política e militar determinada por D. João VI que, em outubro de 1821, convocou o povo brasileiro a escolher os governantes das juntas provisórias no prazo de dois meses. A outra, em fevereiro de 1822, convocada por D. Pedro I para a eleição dos Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil.

Assim, nesta fase do Brasil Império cabia aos Conselhos Municipais aferir a regularidade da eleição dos seus próprios membros em todos os seus aspectos: elegibilidade, votação, apuração e proclamação dos eleitos. O sistema eleitoral, portanto, adotava o modelo Parlamentar ou Político, sem qualquer ingerência do Poder Judiciário no processo eleitoral.

Há poucos registros concretos de fraudes nas eleições da Colônia, não porque elas não existissem, mas principalmente porque os arquivos das Câmaras foram destruídos. Os relatos que podem ser encontrados dizem respeito à escolha de pessoas sem “as qualidades e as partes” e à realização de subornos e induzimentos na eleição dos oficiais. Sem embargo, a prática da chamada “cabala” era punida severamente, conforme se pode observar em um alvará de 1611:

Que nenhuma pessoa, de qualquer qualidade ou condição que seja, suborne na dita eleição, pedindo, nem procurando votos para si, nem para outrem, nem por qualquer outra via inquietem; sendo certo que se ha de tirar disso devassa; e os que forem compreendidos, que subornaram ou inquietaram a tal eleição, serão presos, e condenados em dos annos de degredo para um dos logares da África, e além disso pagarão cincoenta cruzados para captivos.⁹

Um episódio que serve de exemplo de como as eleições nessa época eram impudentemente fraudulentas foi o conflito ocorrido entre o Marquês de Montebelo, governador e capitão geral de Pernambuco, de 1690 a 1693, e o Senado da Câmara de Olinda. Montebelo pretendia que mais pessoas pudessem concorrer na eleição de oficiais, no entanto,

⁸ FERREIRA, Manoel Rodrigues, op. cit., 2001, p.100-101.

⁹ FERREIRA, Manoel Rodrigues, op. cit., 2001, p.108-109.

a Câmara persistia em reservar a disputa somente para os integrantes da nobreza natural da terra. Ao se defender perante o Rei da acusação de interferência ilegítima no processo eleitoral, o Marquês apresentou a seguinte declaração:

Não só não me intrometi, antes para evitar os subornos que nela costumam haver lhe mandei pôr a porta do Senado uma companhia de infantaria, e com toda essa diligência, e a esperteza do ouvidor geral não faltaram os comboios, e subornos particulares, de modo que começando a eleição depois do meio-dia se acabou à meia noite, introduzindo com capa [...] segunda e terceira vez a votar não poucos que tinham votado.¹⁰

Desta forma, verifica-se que, em geral, não havia lisura no processo eleitoral da fase colonial brasileira, sendo que as falhas eram debitadas à ambição dos que procuravam exercer os cargos honrosos disputados, bem como à incultura do povo votante e ao desconhecimento dos textos legais, agravada pela rarefação do povoamento, já que poucas vilas e cidades dispunham dos cinco livros das Ordenações do Reino.

Assim, durante mais de trezentos anos, na fase de colonização do Brasil até o ano de 1828, portanto, quatro anos após a outorga da primeira Constituição Política do Império do Brasil por Dom Pedro I, este era o panorama do processo eleitoral, segundo o qual eram realizadas as eleições para as Câmaras Municipais no Brasil.

2.2 A Fase do Império

Com a Independência do Brasil em 1822, surgiu a necessidade de se aperfeiçoar a legislação eleitoral. A primeira lei eleitoral adveio em 3 de janeiro de 1822, quando Dom Pedro I convocou eleições para a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, formada pelos deputados das províncias do Brasil.

Em 25 de março de 1824, o Imperador Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição brasileira, que estabeleceu que o Poder Legislativo seria exercido pela Assembleia Geral, composta de duas câmaras: Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores, ou Senado (art. 24). Dispôs ainda que as eleições seriam indiretas tanto para a Assembleia Geral quanto para os Conselhos Gerais das Províncias, estabeleceu o voto censitário e a verificação dos poderes. Outrossim, delegou a uma lei regulamentar a atribuição de marcar o modo prático das eleições e o número de deputados relativamente à população do Império.

¹⁰ FERREIRA, Manoel Rodrigues, op. cit., 2001, p.108.

A escolha dos deputados e dos senadores era feita por meio de sufrágio censitário e em dois graus. Os deputados eram eleitos para uma legislatura de quatro anos e de forma direta pelos eleitores de província, os quais eram eleitos de forma indireta pelos cidadãos ativos em Assembleias Paroquiais. Já os senadores, que eram vitalícios, eram eleitos da mesma forma que os deputados, mas em listas tríplexes, cabendo ao Imperador escolher o terço que iria efetivamente ocupar os cargos na totalidade da lista.

Esse sistema de escolha dos representantes em dois graus foi considerado um avanço em comparação ao sistema anterior em quatro graus, que continuava a vigorar em Portugal e na Espanha. Contudo, este processo eleitoral apresentava duas máculas. A primeira referente à representatividade, uma vez que, em 1881, o Brasil contava com cerca de 12 milhões de habitantes, mas somente 150 mil eleitores. A segunda inerente à não prevalência da vontade do eleitor, considerando que o Imperador, detentor do Poder Moderador e chefe do Poder Executivo, intervinha nos pleitos eleitorais para assegurar a unanimidade nas câmaras e garantir a preponderância dos seus interesses na política do País.

A primeira Lei Eleitoral do Império, editada em 26 de março de 1824, convocava o povo para proceder à eleição dos deputados e senadores da Assembleia Geral Legislativa e dos membros dos conselhos gerais das províncias. A votação foi feita por lista assinada pelos votantes, que continha tantos nomes quantos fossem os eleitores que a paróquia deveria dar. O voto era obrigatório e em caso de impedimento, o eleitor poderia votar por intermédio de seu procurador, enviando sua lista assinada e reconhecida por tabelião. Somente, em 1842, com o Decreto n.º 157, foi abolido o voto por procuração. Este decreto teve o mérito de tentar moralizar as eleições, tendo instituído o alistamento prévio, *ex officio*, e medidas para a eleição das mesas.¹¹

Em 19 de agosto de 1846, D. Pedro I sancionou a Lei n.º 387, a primeira lei proveniente de processo legislativo regular previsto na Constituição de 1824, que disciplinou a maneira de proceder às eleições de senadores, deputados, membros das assembleias provinciais, juizes de paz e câmaras municipais. Antes, somente decretos e atos haviam sido editados, sem participação da Assembleia Geral do Império, formada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado. Esta lei acabou com a qualificação feita pelas mesas receptoras, criando as Juntas de Qualificação que deveriam alistar todos os eleitores ativos da paróquia.

¹¹ FERREIRA, Manoel Rodrigues, op. cit., 2001, p.175.

Em 19 de setembro de 1855, o Imperador assinou o Decreto n.º 842, que ficou conhecido como “Lei dos Círculos” e que derogou a Lei n.º 387. Dentre as modificações operadas, deve-se ressaltar a enumeração de algumas incompatibilidades eleitorais e a instituição do voto distrital, uma vez que as províncias foram divididas em tantos distritos eleitorais quantos fossem os seus deputados, de forma que houvesse apenas um deputado por distrito.

Já o Decreto n.º 2.675, de 20 de outubro de 1875, introduziu a participação da justiça comum no processo eleitoral, possibilitando-lhe conhecer questões relativas à primeira e segunda fases do processo eleitoral, além de instituir o título eleitoral. Ficou conhecido como “Lei do Terço” em virtude dos eleitores votarem em dois terços dos elegíveis, de modo que a proporção das vagas a serem ocupadas pela oposição era fixada antecipadamente.

Os abusos e fraudes praticados sob a égide da legislação vigente durante o Império gerou críticas da opinião pública que passou a exigir eleições diretas. Este quadro eleitoral levou o Conselheiro José Antônio Saraiva a reformar a legislação eleitoral, sendo Ruy Barbosa encarregado de redigir o projeto de nova lei. Em 9 de janeiro de 1881, foi sancionada a Lei n.º 3029, que recebeu o nome de “Lei Saraiva” ou “Lei do Censo”, porquanto determinava em seu preâmbulo a realização de um censo em todo o Reino com vista a ser efetuado o alistamento dos eleitores, que passou a ser permanente e de responsabilidade da magistratura, abolindo-se as juntas paroquiais de qualificação.

Esta lei extinguiu as eleições indiretas, estabelecendo o seu artigo primeiro que as nomeações dos senadores e deputados seriam feitas por meio de eleições diretas, nas quais participariam todos os cidadãos alistados, no entanto, trouxe também maiores exigências para a comprovação da renda necessária ao exercício do voto censitário.

A “Lei Saraiva” estabelecia ainda que nenhum cidadão poderia ser incluído no alistamento sem o ter requerido por escrito, juntamente com a documentação exigida. A expedição do título de eleitor passou a ser feita por um Juiz de Direito. Os analfabetos poderiam se alistar, desde que o pedido fosse feito por um eleitor por ele indicado. Além disso, as incompatibilidades eleitorais foram ampliadas, sendo estabelecido, por exemplo, que não podia concorrer a qualquer cargo o cidadão pronunciado em processo criminal.

Ressalte ainda que a regulamentação da “Lei Saraiva” pelo Decreto n.º 8.213, de 13 de agosto de 1881, proibia expressamente que senadores, deputados e membros das assembleias

provinciais, durante o mandato e até seis meses após o seu encerramento, não poderiam aceitar comissões ou empregos remunerados do governo geral ou das províncias, bem como, efetuar qualquer tipo de transação com o Estado.

Nesta fase histórica do Império, ocorria as eleições a “bico-de-pena”, nas quais os novos mandatários não eram escolhidos segundo a vontade dos eleitores, mas segundo decidiam os mesários que, sozinhos ou com o auxílio de falsários, elaboravam as atas com o resultado da eleição, na maioria das vezes, desrespeitando a vontade popular. Além disso, não era raro se verificar o voto dos mortos e de pessoas que não mais residiam na localidade, devendo-se mencionar ainda que mulheres, negros, mendigos e analfabetos não tinham direito de votar.

Em determinado período, verificou-se também a atuação de mercenários que participavam ativamente nas campanhas eleitorais, que esperavam os eleitores da oposição à boca das urnas para atemorizá-los, chegando a utilizar de extrema violência para repeli-los das portas das igrejas, já que, de 1824 a 1881, a recepção de votos era realizada no interior dos templos católicos. Esses grupos receberam denominações distintas conforme a região onde atuavam, ficando conhecidos como “capoeiras” na Bahia, “cacetistas” no Rio de Janeiro e “cerca-igrejas” no Ceará. Sobre o assunto, Walter Costa Porto escreveu:

No final do Império, os capoeiras participavam ativamente das campanhas eleitorais, atemorizando os votantes contrários. José Murilo Carvalho lembra o depoimento do diplomata francês, para quem as eleições, de então, eram resolvidas a porrete, a faca e a revólver, sendo os capoeiras agentes eleitorais muito úteis: ‘votavam um número indefinido de vezes, impediam de votar os adversários do seu chefe, em caso de reclamações ou resistência recorriam à ultima ratio certos da impunidade garantida pelos chefes políticos’.¹²

Desta maneira, o resultado das eleições já era previsível, a oposição obtinha votação pífia. Contudo, se mesmo com a utilização desses artifícios o resultado eleitoral não fosse o desejado, ainda se podia recorrer ao chamado “esguicho”, que consistia na complementação fraudulenta da votação faltante, ou à “degola”, que implicava na retirada do nome dos opositoristas da lista dos eleitos.

Apesar de alguns esforços moralizadores na elaboração da legislação eleitoral, as eleições durante o Império foram marcadas pela ausência de respeito à manifestação popular, com a prática de fraudes e abusos, e pelo controle exercido pelo Imperador, principalmente por meio do Ministro dos Negócios do Império do Brasil, a quem a Constituição de 1824 atribuiu competência para expedir decretos reguladores do procedimento a ser adotado nas

¹² PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p.98-99.

eleições gerais do país. Em geral, às vésperas das eleições eram realizadas reformas eleitorais com o escopo de garantir maioria ao governo.

Sem embargo, José Augusto Delgado ainda vislumbra, nesta fase, alguns aspectos positivos que viriam posteriormente a contribuir para a sedimentação do princípio da moralidade perseguido atualmente pela Justiça Eleitoral:

Uma análise conjuntural do procedimento adotado para as eleições, na época do Império, não obstante desvinculado, integralmente, de qualquer fluido de liberdade de escolha, por existir a coerção social em benefício de determinado candidato, revela, porém, dois aspectos de profunda aceitabilidade; o primeiro era a preocupação em combater a corrupção existente na época e caracterizada pela prática de suborno ou conluio para viciar as eleições; o segundo era o modo desburocratizado e rápido como se procedia à tomada de votos e à apuração. A constatação desses dois fatores com caracteres de positividade conduz o analista de tais fatos a considerar como sendo eles as fontes essenciais do princípio da moralidade que, hoje, a sua obediência, se constitui fim maior a ser alcançado pela Justiça Eleitoral.¹³

Assim sendo, apesar da fase imperial do sistema eleitoral brasileiro ser marcada pela ausência de respeito à manifestação popular e a falta de liberdade de escolha, a preocupação em combater a corrupção e o modo desburocratizado e rápido como se procedia à votação e à apuração podem ser considerados como aspectos positivos.

2.3 A Fase da República

Em geral, a fase da República, para fins didáticos, é dividida em dois períodos: o primeiro da sua proclamação, em 1889, até a Revolução de 1930; e o segundo, a partir da Revolução até os dias atuais. Cândido justifica essa divisão no fato de que, na Primeira República a legislação permaneceu esparsa e contaminada pelas práticas que vigoraram no Império e foi norteadas por somente uma Constituição, a Carta Política de 1891; além disso, apesar de importantes transformações sociais, como a libertação dos escravos, não houve mudança na realidade social, mas somente no Estado e em sua organização política. Já na Segunda República, a legislação eleitoral foi editada na vigência de várias Constituições, além desta ser caracterizada pelas grandes codificações eleitorais, que centralizavam a vontade do Estado em matéria eleitoral, fenômeno legislativo que não ocorreu antes da Revolução de 1930.¹⁴

¹³ DELGADO, José Augusto. A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da defesa da democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n.º 127, p.105-117, jul./set. 1995, p.110.

¹⁴ CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 11. ed. Bauru, SP: Edipro, 2005, p.16.

2.3.1 A República Velha

Com a proclamação da República e a consequente queda do regime monárquico, foi implantada uma nova ordem jurídica eleitoral. Todos os cidadãos brasileiros no gozo dos seus direitos civis e políticos que soubessem ler e escrever passaram a ser considerados eleitores.

Em 23 de junho de 1890, foi publicado o Decreto n.º 511, elaborado pelo então Ministro do Interior, José Cesário de Faria Alvim, sendo conhecido como “Regulamento Alvim”. O processo eleitoral nele previsto era quase todo baseado na “Lei Saraiva”, tendo sido utilizado na primeira eleição Republicana, na qual foram eleitos os deputados constituintes. A eleição dos deputados e senadores era feita pelos Estados de forma direta, com cada Estado tendo direito a três senadores e quantos deputados fossem necessários para cobrir a proporcionalidade de sua população.

A primeira Constituição da República do Brasil foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, entretanto, o Congresso convocado com as prerrogativas de constituinte, instalado em 15 de novembro de 1890, recebeu do governo provisório o anteprojeto da nova Constituição pronto, cabendo-lhe apenas revisá-lo e adequá-lo às necessidades da população. Encerrados os trabalhos, a estrutura do anteprojeto oficial foi preservada em sua essência, em grande parte com sua redação original.

O Título I da Constituição de 1891 tratou da Organização Federal, tendo adotado como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa Presidencialista. Neste título, regulavam-se os três poderes nacionais, segundo a clássica divisão de Montesquieu, rompendo-se a disposição quadripartida vigente no Império.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, na forma bicameral, dividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal, cujos membros eram eleitos, simultaneamente, em todo o território nacional para uma legislatura de três anos. O número de Deputados deveria ser fixado por lei em proporção que não excedesse um por setenta mil habitantes, não devendo esse número ser inferior a quatro por Estado. Já o Senado era composto por cidadãos brasileiros maiores de trinta e cinco anos de idade no gozo dos seus direitos civis e políticos, sendo que cada Estado e o Distrito Federal elegeriam três senadores cada, para um mandato de nove anos, com a renovação de um terço do Senado trienalmente.

O Presidente e o Vice-Presidente da República eram eleitos por sufrágio direto da Nação e maioria absoluta de votos, sendo que as regras se assemelhavam às da atual Constituição: os candidatos aos cargos deveriam ser brasileiros natos, no gozo dos seus direitos civis e políticos e contar com mais de trinta e cinco anos de idade. Seriam considerados eleitos os candidatos que obtivessem a maioria absoluta dos votos e, caso tal não ocorresse, o Congresso Nacional, em sessão conjunta, elegeria em segundo turno, por maioria simples dos votos dos presentes em sessão única, um dos dois candidatos que tivesse alcançado a maioria dos votos na eleição direta.

Competia privativamente ao Congresso Nacional regular o processo eleitoral para os cargos federais em todo o país e aos Estados a legislação sobre eleições estaduais e municipais. Quanto aos eleitores, estavam aptos a votar todos os cidadãos brasileiros maiores de 21 anos já alistados e os que viessem a se alistar na forma da lei vigente.

Neste período, pode-se considerar como a lei eleitoral mais importante, a denominada Lei Rosa e Silva, de n.º 1.269, de 15 de novembro de 1904, que apresentava a estrutura de um verdadeiro Código Eleitoral, mas ainda não avançou para entregar o processo de preparação e realização das eleições ao Poder Judiciário. José Augusto Delgado observa que:

A filosofia adotada na época do exercício da força estatal, combinada com os interesses políticos dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, continuou a se fazer presente nas eleições do País, com a produção de episódios que enlutam o referido passado, conforme registram as páginas da nossa história.¹⁵

Nesta fase da República Velha, predominou a denominada “política dos governadores”, iniciada por Prudente de Moraes, eleito em 1894, segundo a qual o Presidente da República apoiava os candidatos indicados pelos governadores nas eleições estaduais e estes retribuíam a ajuda nas eleições presidenciais, dando suporte ao candidato indicado pelo Presidente. Outra característica do sistema político desta época foi o “coronelismo”, denominação decorrente da ação de grandes latifundiários, donos do poder local, cujo título derivava de sua participação na Guarda Nacional, instituição que durante o Império assegurava a ordem interna. Os “coronéis” controlavam o eleitorado regional, faziam a propaganda dos candidatos oficiais, fiscalizavam o voto não secreto dos eleitores e a apuração, que via de regra chegava a um resultado previsível.

¹⁵ DELGADO, José Augusto, op. cit., 1995, p.110.

Ressalte-se ainda que, durante toda a República Velha, o governo central também controlava a Comissão de Verificação de Poderes do Congresso (CVP), responsável pelos resultados eleitorais finais e pela diplomação dos eleitos. Na verdade, esta Comissão realizava um trabalho que consistia na negação da verdade eleitoral, pois costumava excluir alguns dos eleitos na fase final do processo eleitoral, realizando as chamadas “degolas”, o que implicava em aniquilamento da oposição.¹⁶

Preocupado com a idoneidade do processo eleitoral, o Presidente Wenceslau Brás, em 1916, sancionou a Lei n.º 3.139, que entregou ao Poder Judiciário o preparo do alistamento eleitoral, atitude considerada por alguns autores como o ponto de partida para a criação da Justiça Eleitoral, o que só viria a acontecer em 1932.

2.3.2 *A Revolução de 1930*

A Revolução de 1930 tinha como principal bandeira a purificação do processo eleitoral em virtude da desmoralização das instituições e do próprio regime político brasileiro pelas práticas deletérias da República Velha. Assim, um dos primeiros atos do governo provisório foi a criação de uma comissão de reforma da legislação eleitoral, cujo trabalho resultou no primeiro Código Eleitoral do Brasil. Ilustrativo deste panorama o discurso de Assis Brasil, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934:

No regime que botamos abaixo com a Revolução, ninguém tinha a certeza de se fazer qualificar, como a de votar [...]. Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto [...]. Uma vez contado o voto, ninguém tinha a segurança de que seu eleito havia de ser reconhecido através de uma apuração feita dentro desta Casa e por ordem, muitas vezes, superior.¹⁷

Dentre os ideais inspiradores da Revolução de 30, vislumbravam-se as ideias sobre a instituição do sufrágio feminino, a diminuição da idade eleitoral, a valorização do voto secreto como expressão da vontade da cidadania e de serem atribuídas, para a execução pela Justiça Eleitoral, composta por juízes com garantias constitucionais de independência, todas as tarefas relativas ao procedimento eleitoral, desde o alistamento dos eleitores até a diplomação dos eleitos, tudo com o propósito de moralizar o processo eleitoral.

Nesse contexto, foi aprovado o Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, considerado o primeiro Código Eleitoral do Brasil, oriundo da obra conjunta de Assis Brasil,

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **História das eleições no Brasil**, op. cit., 2008.

¹⁷ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Alfa-ômega, 1978, p.230.

João Cabral e Mário Pinto Serva, que consolidou os ideais revolucionários, instituindo o voto da mulher; a modificação da idade mínima para votar; a representação proporcional; o voto secreto em cabina indevassável; o sufrágio universal e direto; a regulamentação de todas as eleições, federais, estaduais e municipais pelo mesmo diploma legal; a criação da Justiça Eleitoral; a competência do Tribunal Regional para processar e julgar os crimes eleitorais e até a previsão da utilização da máquina de votar, que somente se concretizou em 1996, dentre outras.¹⁸

A Revolução Constitucionalista exigiu a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, feita pelo Decreto nº 22.621/33, que estabeleceu que, além dos deputados eleitos na forma prescrita pelo Código Eleitoral, outros 40 seriam eleitos pelos sindicatos legalmente reconhecidos, pelas associações de profissionais liberais e de funcionários públicos, instituindo a chamada representação classista. Os membros da referida Assembleia foram eleitos segundo as normas contidas no Decreto n.º 21.076/32.

O sistema eleitoral adotado pela Revolução de 30 e os avanços na legislação eleitoral foram contemplados na Constituição de 1934, cujo artigo 63, letra *d*, e artigos 82 e seguintes, erigiram, de forma pioneira, a Justiça Eleitoral entre os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Nesta época, conforme determinava a Carta Magna, foi realizada a eleição indireta do Presidente da República, Getúlio Vargas (artigo 1º das Disposições Transitórias).

Como se pode constatar, o Código Eleitoral de 1932 precedeu a instituição constitucional da Justiça Eleitoral que somente veio a ocorrer com a Constituição de 1934. De qualquer forma, a Carta Política da Revolução Constitucionalista criou o Tribunal Superior Eleitoral, os tribunais regionais eleitorais e os juízes eleitorais, estruturando a Justiça Eleitoral em moldes quase definitivos, que foram mantidos nas constituições posteriores até os dias atuais, com pequenas alterações somente quanto às composições dos tribunais eleitorais.

Obviamente, a simples existência da Justiça Eleitoral não seria suficiente para assegurar a lisura das eleições e a prevalência da verdade eleitoral. Contudo, sua criação trouxe uma nova feição constitucional ao sistema eleitoral. As irregularidades certamente não cessaram, mas se criou uma estrutura competente para combatê-las. Sobre o assunto, Cármen Lúcia Antunes Rocha sustenta que:

¹⁸ FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.11.

Se não é suficiente para extinguir a corrupção eleitoral e assegurar a verdade da representação política, ela é muito importante, é mesmo imprescindível para que se chegue a dificultar as práticas viciosas e viciadas, e a punir os erros apurados. E ainda que a corrupção atenda a interesses de alguns poucos que dela se valem e por ela se beneficiam, os seus prejuízos para a globalidade social escancaram a impossibilidade de se continuar a fomentá-la sem qualquer estrutura competente para se impugnar tais práticas.¹⁹

O Código Eleitoral de 1932 foi objeto de várias críticas que culminaram com a promulgação, em 1935, da Lei n.º 48, de nosso segundo Código Eleitoral, que substituiu o primeiro sem alterar as conquistas já alcançadas. Esta lei trouxe, de forma pioneira, um capítulo próprio sobre o Ministério Público, no qual era vedado ao Procurador-Geral o exercício de atividades político-partidárias e regulava a participação do Ministério Público dos Estados em todas as fases do processo eleitoral.

2.3.3 *O Estado Novo*

Em 10 de novembro de 1937, influenciado por setores sociais conservadores, Getúlio Vargas anuncia, pelo rádio, a “nova ordem” do país, outorgando, nesse mesmo dia a Constituição de 1937, que ficou conhecida pejorativamente como “polaca”, por ter sido baseada na Constituição autoritária da Polônia. Com seu caráter ditatorial, esta Constituição extinguiu a Justiça Eleitoral, aboliu os partidos políticos, suspendeu as eleições livres e estabeleceu eleição indireta para Presidente da República, com mandato de seis anos.²⁰

Essa “nova ordem”, historicamente conhecida como Estado Novo, sofreu a oposição dos intelectuais, estudantes, religiosos e empresários. Em 1945, Getúlio anunciou eleições gerais e lançou como seu candidato Eurico Gaspar Dutra, seu ministro da Guerra. Contudo, a oposição se articulou com a cúpula militar e promoveu o golpe de 29 de outubro de 1945. Os ministros militares destituíram Getúlio Vargas e convocaram o presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, que na época também presidia o TSE, a exercer a Presidência da República até a eleição e posse do novo Presidente da República, que veio a ser o general Eurico Gaspar Dutra, porém eleito por sufrágio direto e de acordo com todos os dispositivos constitucionais, em janeiro de 1946, encerrando o período do Estado Novo.

2.3.4 *A Redemocratização*

¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.387.

²⁰ CERQUEIRA, Thales Tácito de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.65.

No início de 1945, o governo autoritário de Getúlio Vargas já apresentava sinais de fadiga em face das críticas e questionamentos sobre a ausência de eleições. Apesar da repressão, a luta pela redemocratização tornou-se mais intensa, notadamente, após o lançamento do “Manifesto Mineiro” por um grupo de intelectuais. Pressionado, Getúlio Vargas editou a Lei Constitucional n.º 09/45, que alterou vários artigos da Constituição, inclusive convocando eleições e determinando o prazo de 90 dias para fixar as datas da realização destas para presidente e governadores de estado, bem como para o parlamento e assembleias.

Em 28 de maio de 1945, sobreveio o Decreto-Lei n.º 7.586, conhecido como “Lei Agamenon Magalhães”, em homenagem ao Ministro da Justiça de mesmo nome, responsável por sua elaboração, que restabeleceu a Justiça Eleitoral, regulamentou o processo eleitoral e a organização partidária para as eleições, apresentando como grande novidade a exclusividade dos partidos políticos na apresentação dos candidatos.

Na saga da redemocratização, já com a Justiça Eleitoral restabelecida, foi empossado o Presidente Eurico Gaspar Dutra e instaurada a Assembleia Nacional Constituinte de 1945, sendo promulgada a nova Constituição em 18 de setembro de 1946. A exemplo da Carta Política de 1934, esta Constituição também consagrou a Justiça Eleitoral entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 94, VI), *status* que perdurou nas constituições posteriores.

Em 24 de julho de 1950, sob a vigência da Constituição de 1946, foi editada a Lei n.º 1.164, considerada o terceiro código eleitoral do Brasil. O sufrágio e o voto eram universais, diretos, obrigatórios e secretos. As Juntas Especiais foram transformadas em Juntas Eleitorais, com competência para apurar as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob sua jurisdição. De forma inédita, regulamentou a propaganda partidária. Outrossim, concedeu aos juízes eleitorais competência plena em matéria criminal eleitoral, ressalvando apenas a competência originária dos tribunais e autorizou a aplicação subsidiária ou supletiva do Código de Processo Penal no processo penal eleitoral.

2.3.5 O Regime Militar (1964-1985)

No dia 31 de março de 1964, os militares, sob a alegação de restaurar no Brasil a ordem econômica, financeira, política e moral, bem como impedir que se instalasse no país um regime bolchevista, e com a finalidade de restaurar a ordem interna e o prestígio internacional

do país, promoveram um golpe que culminou com a derrubada do Presidente da República João Belchior Marques Goulart (Jango), e a tomada do poder constitucional.

No período compreendido entre a deposição de João Goulart em 1964 e a eleição de Tancredo Neves em 1985, o Brasil viveu um regime de exceção, sendo a legislação eleitoral marcada por uma sucessão de atos institucionais e emendas constitucionais, leis e decretos-leis com os quais o Regime Militar procurava conduzir o processo eleitoral adequando-o aos seus interesses, com o escopo de estabelecer a ordem preconizada pelo movimento de 64 e a obtenção de uma maioria favorável ao governo. Com esse intuito, os militares alteraram a duração de mandatos, cassaram direitos políticos, decretaram eleições indiretas para Presidente da República, governadores dos estados e dos territórios e para prefeitos dos municípios considerados de interesse da segurança nacional e das estâncias hidrominerais, instituíram as candidaturas natas, o voto vinculado, as sublegendas e alteraram o cálculo para o número de deputados na Câmara, baseando-o ora na população, ora no número de eleitores, privilegiando estados politicamente incipientes, em detrimento daqueles tradicionalmente mais expressivos, tudo com o objetivo de reforçar o poder discricionário do governo.²¹

Em 15 de julho de 1965, foi editado o Código Eleitoral atualmente em vigor com origem na Lei n. 4.737, a qual estabeleceu os princípios básicos do atual sistema eleitoral brasileiro e ampliou o campo de atuação da Justiça Eleitoral. Considerado por alguns, como verdadeiro entulho da ditadura, o Código Eleitoral de 1965 mantém ainda em vigor alguns de seus institutos, recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Já foi objeto de inúmeras modificações, muitas delas de caráter casuístico, que prejudicaram o seu sistema técnico-legislativo.

O Ato Institucional n.º 5, redigido pelo Presidente Artur da Costa e Silva em 13 de dezembro de 1968, suspendeu as garantias da Constituição de 67 e conferiu ao regime poderes absolutos, cuja primeira e maior consequência foi o fechamento do Congresso Nacional por quase um ano. Outrossim, com o objetivo de controlar o eleitorado e o Congresso Nacional, a Lei nº 6.339/76, conhecida como “Lei Falcão” restringiu a propaganda eleitoral, impedindo o debate político nos meios de comunicação.

Na década de 70, inicia-se o processo de abertura política que culminaria com o fim da ditadura militar, incrementado com o bom desempenho da oposição nas eleições de 1978. A

²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **História das eleições no Brasil**, op. cit., 2008.

Emenda Constitucional n.º 11/78 revogou os atos institucionais e complementares impostos pelos militares e modificou as exigências para a organização dos partidos políticos. Em dezembro de 1979, o governo modifica a legislação partidária e eleitoral e restabelece o pluripartidarismo. A Arena transforma-se no Partido Democrático Social (PDS) e o MDB acrescenta a palavra partido à sigla, tornando-se o PMDB. Outras agremiações são criadas, como o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Popular (PP). Já em 19 de novembro de 1980, a EC nº 15 restabeleceu as eleições diretas para governador e senador, eliminando a figura do senador biônico.

No período militar, não foram realizadas eleições, sendo eleitos indiretamente cinco presidentes militares. Contudo, a sociedade, principalmente nas grandes cidades, paulatinamente foi se mobilizando por mudanças políticas que levassem à redemocratização do país. A primeira eleição de um presidente da República civil durante esse regime de exceção foi ainda indireta, por meio de um colégio eleitoral, elegendo Tancredo Neves, que faleceu antes de tomar posse, vindo a assumir o cargo seu vice, José Sarney, em 1985. A eleição marca o fim da ditadura militar, mas o processo de redemocratização só se completa em 1988, com a promulgação da nova Constituição.

2.3.6 A Nova República

O período iniciado no Brasil com as reformas políticas e institucionais do governo de José Sarney (1985-1990), primeiro presidente civil depois do regime militar iniciado em 1964 ficou conhecido como Nova República, tendo como marco do novo regime a Constituição Federal de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”.

A atual Carta Magna restabeleceu o regime democrático no Brasil, regulando os direitos políticos, dispondo sobre os partidos políticos, mantendo a Justiça Eleitoral dentro da estrutura do Poder Judiciário, como um de seus órgãos, além de regulamentar amplamente as eleições presidenciais, gerais e municipais.

Inicialmente, foi estabelecido que o período de mandato do presidente seria de cinco anos, vedando-lhe a reeleição para o período subsequente, bem como foi fixado o prazo para desincompatibilização em até seis meses antes do pleito para os chefes do Executivo (Federal, Estadual ou Municipal) que quisessem concorrer a outros cargos. Além disso, para evitar

casuísmos, a Emenda Constitucional n.º 4/93 determinou que a lei que alterasse o processo eleitoral somente seria aplicada um ano após sua vigência (art. 16, CF).

Por sua vez, a Emenda Constitucional de Revisão n.º 5/94 reduziu para quatro anos o mandato presidencial, enquanto a Emenda Constitucional n.º 16/97 permitiu a reeleição dos chefes do Executivo para um único período subsequente.

Restabelecidos a democracia e o funcionamento regular das instituições, foi editada a Lei n.º 9.504/97, conhecida como “Lei das Eleições”, com a qual se pretendeu dar início a uma fase em que as normas das eleições sejam duradouras.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 ratificou o modelo jurisdicional de controle das eleições, a cargo da Justiça Eleitoral, composta pelo o Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Juntas Eleitorais, cujos objetivos são assegurar “a pureza do processo eleitoral, a garantia da igualdade entre os candidatos a cargos públicos, a transparência e a objetividade das eleições, de maneira a assegurarem a soberania da vontade popular”.²²

Pode-se concluir, portanto, que no Brasil a Justiça Eleitoral nasceu de uma demanda social e política específica, para assegurar a soberania popular e fazer face às investidas de poderes particulares de ordem econômica, ideológica ou qualquer outra, em benefício da democracia real do poder social.

2.4 Estrutura atual da Justiça Eleitoral Brasileira

Como já restou afirmado, a Justiça Eleitoral no Brasil foi criada pelo Código Eleitoral de 1932 - Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932-, no entanto, foi a Constituição de 1934 que promoveu a sua instituição constitucional e a estruturação dos seus órgãos em um modelo que perdura, praticamente, inalterado até os dias atuais, salvo quanto a pequenas alterações nas composições dos tribunais eleitorais. Excetuando-se a Constituição ditatorial de 1937, as demais constituições brasileiras que sucederam a Carta de 1934 trouxeram a previsão da Justiça Eleitoral.

²²GOMES, Suzana de Camargo. **A justiça eleitoral e sua competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.38-39.

A Constituição Federal de 1988 trata da Justiça Eleitoral em seus artigos 118 e seguintes. Esta é composta do Tribunal Superior Eleitoral, dos tribunais regionais eleitorais, dos juízes e Juntas Eleitorais e apresenta várias peculiaridades que a diferenciam dos demais ramos do Poder Judiciário, seja comum ou especializado.

A Justiça Eleitoral brasileira não tem uma magistratura própria, de carreira, valendo-se para composição de seus tribunais de membros de outros tribunais da Justiça comum, de juristas da classe dos advogados e até de pessoas leigas, sem formação jurídica obrigatória, como ocorre nas Juntas Eleitorais. Por este motivo, diz-se que os órgãos da Justiça Eleitoral brasileira apresentam composição híbrida.

Além disso, ao contrário do que ocorre nos demais Tribunais Superiores, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os tribunais eleitorais não têm em sua composição membros oriundos do Ministério Público, não se adotando a regra do chamado “quinto constitucional”.

Ressalte-se ainda que os membros dos tribunais eleitorais exercem suas funções temporariamente, servindo por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos. Djalma Pinto destaca a importância dessa limitação temporal no exercício da função eleitoral, segundo ele:

O lado positivo desse sistema reside no fato de que o Direito Eleitoral está sempre sendo oxigenado. A jurisprudência é frequentemente atualizada graças às novas composições dos Tribunais, respondendo assim às expectativas da sociedade em permanente mutação. [...] Também não é possível a instalação de feudo. Se, por sua vez, não for o magistrado comprometido com o ideal de justiça provocará danos, é certo, mas não por muito tempo. Ao contrário, por exemplo, de alguns casos constatados em outras jurisdições em que os prejuízos ao grupo social se eternizam sem qualquer reação do grupo social.²³

A partir da escolha em convenção partidária até a apuração final da eleição, não podem atuar como membro dos tribunais eleitorais, das juntas eleitorais ou como juiz eleitoral, o cônjuge, convivente, parente consanguíneo legítimo ou ilegítimo, ou afim, até o segundo grau, de candidato a cargo eletivo registrado na circunscrição. Essa disposição do Código Eleitoral visa garantir a isenção dos integrantes da Justiça Eleitoral, assegurando a lisura do processo eleitoral e conferindo maior credibilidade em sua atuação perante o eleitor.

²³ PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.37.

Acrescente-se ainda que os magistrados designados para exercer função eleitoral, seja nos tribunais eleitorais, como Juízes Eleitorais ou presidindo Juntas Eleitorais, não se afastam dos seus cargos de origem, passando a desempenhar as duas funções cumulativamente, não obstante devam dar prioridade aos feitos eleitorais.

O artigo 121 da Constituição Federal determina que lei complementar disporá sobre a organização e a competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais. Sem embargo, decorridos quase vinte anos da promulgação da Carta Magna, até o presente momento, o Congresso Nacional ainda não aprovou referida lei, vigorando ainda sobre a matéria as disposições do Código Eleitoral – Lei n.º 4.737/65, que, embora seja lei ordinária, foi recepcionada parcialmente pela Constituição Federal como lei complementar.

2.4.1 Tribunal Superior Eleitoral

O Tribunal Superior Eleitoral, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, cabendo-lho o julgamento das questões eleitorais em última instância. Essa Corte é composta de, no mínimo, sete juízes, escolhidos mediante eleição pelo voto secreto nos respectivos tribunais de origem ou por nomeação do Presidente da República, consoante estabelece o artigo 119, incisos I e II da Constituição Federal.

Desses membros, três são eleitos pelo Supremo Tribunal Federal e dois pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre seus membros. Os outros dois integrantes serão juristas da classe dos advogados, de notável saber jurídico e idoneidade moral, nomeados pelo Presidente da República a partir de uma lista tríplice formulada pelo Supremo Tribunal Federal para cada vaga. Deve-se salientar que, quando a Constituição menciona dois juízes dentre seis advogados, está se referindo conjuntamente às duas vagas, como se a escolha fosse realizada simultaneamente, todavia, como raramente ocorre concomitância no preenchimento das vagas, elabora-se lista com três nomes para cada nomeação.

Em relação à administração do Tribunal Superior Eleitoral, este elegerá 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. Por tradição, a escolha tem sido feita com base no critério da antiguidade, levando em consideração a data da posse do Ministro no Tribunal Superior Eleitoral.

A competência do Tribunal Superior Eleitoral, seja originária ou recursal, seja em matéria administrativa, encontra-se elencada nos artigos 22 e 23 do Código Eleitoral – Lei n.º 4.737/65. Compete-lhe processar e julgar originariamente: a) o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e Vice-Presidência da República; b) os conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e Juízes Eleitorais de Estados diferentes; c) a suspeição ou impedimento aos seus membros, ao Procurador Geral e aos funcionários da sua Secretaria; d) os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios Juízes e pelos Juízes dos Tribunais Regionais; e) o *habeas corpus* ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o *habeas corpus*, quando houver perigo de se consumar a violência antes que o Juiz competente possa prover sobre a impetração; f) as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos; g) as impugnações à apuração do resultado geral, proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-Presidente da República; h) os pedidos de desaforamento dos feitos não decididos nos Tribunais Regionais dentro de trinta dias da conclusão ao relator, formulados por partido, candidato, Ministério Público ou parte legitimamente interessada; i) as reclamações contra os seus próprios Juízes que, no prazo de trinta dias a contar da conclusão, não houverem julgado os feitos a eles distribuídos; j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro do prazo de cento e vinte dias de decisão irrecurável.

Em matéria recursal, cabe ao Tribunal Superior Eleitoral julgar os recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais, inclusive os que versarem matéria administrativa. Esses recursos poderão ser o recurso especial ou o recurso ordinário. O primeiro terá cabimento quando forem proferidas decisões contra expressa disposição de lei ou quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais regionais. Já o recurso ordinário será cabível contra as decisões que versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais; ou quando denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: a) elaborar o seu regimento interno; b) organizar a sua Secretaria e a Corregedoria-Geral, propondo ao Congresso Nacional a criação ou extinção dos cargos administrativos e a fixação dos respectivos vencimentos, provendo-os na forma da lei; c) conceder aos seus membros licença e férias, assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos; d) aprovar o afastamento do

exercício dos cargos efetivos dos Juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais; e) propor a criação de Tribunal Regional na sede de qualquer dos Territórios; f) propor ao Poder Legislativo o aumento do número dos Juízes de qualquer Tribunal Eleitoral, indicando a forma desse aumento; g) fixar as datas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, Senadores e Deputados Federais, quando não o tiverem sido por lei; h) aprovar a divisão dos Estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas; i) expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; j) fixar a diária do Corregedor-Geral, dos Corregedores Regionais e auxiliares em diligência fora da sede; k) enviar ao Presidente da República a lista tríplice organizada pelos Tribunais de Justiça; l) responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político; m) autorizar a contagem dos votos pelas Mesas Receptoras nos Estados em que essa providência for solicitada pelo Tribunal Regional respectivo; n) requisitar força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração; o) organizar e divulgar a Súmula de sua jurisprudência; p) requisitar funcionário da União e do Distrito Federal quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço de sua Secretaria; q) publicar um boletim eleitoral; e r) tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral.

Por derradeiro, cumpre destacar que, em regra, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecorríveis, excetuando-se apenas as que contrariarem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança, ou seja, aquelas que integram a competência do Supremo Tribunal Federal.

2.4.2 *Tribunais Regionais Eleitorais*

Os Tribunais Regionais Eleitorais compõem a instância ordinária de segundo grau da Justiça Eleitoral, havendo um na capital de cada Estado e do Distrito Federal, com jurisdição no Estado respectivo ou no Distrito Federal. Esses tribunais ostentam relevante papel no âmbito da Justiça Eleitoral, porquanto é do seu interesse que as controvérsias sejam resolvidas na instância ordinária, admitindo-se recurso para o Tribunal Superior Eleitoral somente em casos excepcionais. Por este motivo, a Constituição Federal confere às suas decisões recorribilidade restrita, admitindo-se recurso somente quando: a) forem proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei; b) ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; c) versarem sobre inelegibilidade ou expedição de

diplomas nas eleições federais ou estaduais; d) anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; e e) denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

Cada Tribunal Regional Eleitoral é composto de sete juízes, nos seguintes termos: serão escolhidos mediante eleição, pelo voto secreto, no Tribunal de Justiça do Estado respectivo, dois membros dentre os seus Desembargadores e outros dois dentre os Juízes de Direito; será eleito também um Juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou do Distrito Federal, ou se não houver, de um Juiz Federal, escolhido pelo Tribunal Regional Federal respectivo dentre os lotados naquele Estado; por fim, serão nomeados pelo Presidente da República dois membros dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Os Tribunais Regionais Eleitorais elegerão seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Desembargadores do Tribunal de Justiça, ou seja, um será o Presidente e o outro o Vice. Em relação à escolha do Corregedor Regional Eleitoral, como a Constituição Federal não dispôs sobre a matéria, a escolha deverá ser feita de acordo com as normas estabelecidas no Regimento Interno de cada tribunal. Na maioria dos Estados brasileiros, o Vice-Presidente exerce cumulativamente as funções de Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral.

A competência dos Tribunais Regionais Eleitorais encontra-se estabelecida nos artigos 29 e 30 do Código Eleitoral – Lei n.º 4.737/65. Compete aos Tribunais Regionais processar e julgar originariamente: a) o registro e o cancelamento do registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como de candidatos a Governador, Vice-Governadores, e membro do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas; b) os conflitos de jurisdição entre juizes eleitorais do respectivo Estado; c) a suspeição ou impedimentos aos seus membros ao Procurador Regional e aos funcionários da sua Secretaria assim como aos juizes e escrivães eleitorais; d) os crimes eleitorais cometidos pelos juizes eleitorais; e) o *habeas corpus* ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juizes eleitorais; ou, ainda, o *habeas corpus* quando houver perigo de se consumar a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração; f) as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto a sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos; g) os pedidos de desaforamento dos feitos não decididos pelos juizes eleitorais em trinta dias da sua

conclusão para julgamento, formulados por partido, candidato, Ministério Público ou parte legitimamente interessada sem prejuízo das sanções decorrentes do excesso de prazo.

Outrossim, incumbe aos Tribunais Regionais Eleitorais julgar os recursos interpostos dos atos e das decisões proferidas pelos juízes e juntas eleitorais; e das decisões dos juízes eleitorais que concederem ou denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança.

Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: a) elaborar o seu regimento interno; b) organizar a sua Secretaria e a Corregedoria Regional provendo-lhes os cargos na forma da lei, e propor ao Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal Superior a criação ou supressão de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; c) conceder aos seus membros e aos juizes eleitorais licença e férias, assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos submetendo, quanto aqueles, a decisão à aprovação do Tribunal Superior Eleitoral; d) fixar a data das eleições de Governador e Vice-Governador, deputados estaduais, prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, quando não determinada por disposição constitucional ou legal; e) constituir as juntas eleitorais e designar a respectiva sede e jurisdição; f) indicar ao tribunal Superior as zonas eleitorais ou seções em que a contagem dos votos deva ser feita pela mesa receptora; g) apurar com os resultados parciais enviados pelas juntas eleitorais, os resultados finais das eleições de Governador e Vice-Governador de membros do Congresso Nacional e expedir os respectivos diplomas, remetendo dentro do prazo de dez dias após a diplomação, ao Tribunal Superior, cópia das atas de seus trabalhos; h) responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político; i) dividir a respectiva circunscrição em zonas eleitorais, submetendo essa divisão, assim como a criação de novas zonas, à aprovação do Tribunal Superior Eleitoral; j) aprovar a designação do Ofício de Justiça que deva responder pela escrivania eleitoral durante o biênio; k) requisitar a força necessária ao cumprimento de suas decisões solicitar ao Tribunal Superior a requisição de força federal; l) autorizar, no Distrito Federal e nas capitais dos Estados, ao seu presidente e, no interior, aos juizes eleitorais, a requisição de funcionários federais, estaduais ou municipais para auxiliarem os escrivães eleitorais, quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço; m) requisitar funcionários da União e, ainda, no Distrito Federal e em cada Estado ou Território, funcionários dos respectivos quadros administrativos, no caso de acúmulo ocasional de serviço de suas Secretarias; n) aplicar as penas disciplinares de advertência e de suspensão até trinta dias aos juizes eleitorais; o) cumprir e fazer cumprir as decisões e instruções do Tribunal Superior Eleitoral; p) determinar, em caso de urgência, providências para a execução da lei na respectiva circunscrição; q) organizar o fichário dos

eleitores do Estado; e r) suprimir os mapas parciais de apuração mandando utilizar apenas os boletins e os mapas totalizadores, desde que o menor número de candidatos às eleições proporcionais justifique a supressão.

2.4.3 Juízes Eleitorais

Os Juízes Eleitorais são magistrados da Justiça Estadual, designados pelo Tribunal Regional Eleitoral para presidir as zonas eleitorais, menor fração territorial com jurisdição dentro de uma circunscrição judiciária eleitoral. A zona eleitoral pode ser parte de um município ou comarca, com também pode abranger mais de um município ou comarca. O juiz eleitoral deve ser um juiz de direito com todas as prerrogativas asseguradas no artigo 95 da Constituição Federal, não se exigindo, no entanto, que já tenha sido vitaliciado. Como ocorre em relação aos membros dos tribunais eleitorais, o juiz eleitoral exercerá as funções eleitorais cumulativamente com as funções da Justiça comum.

De acordo com o artigo 35 do Código Eleitoral – Lei n.º 4.737/65 -, compete aos juizes eleitorais: a) cumprir e fazer cumprir as decisões e determinações do Tribunal Superior e do Regional; b) processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais; c) decidir *habeas corpus* e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente a instância superior; d) fazer as diligências que julgar necessárias a ordem e presteza do serviço eleitoral; e) tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir; f) indicar, para aprovação do Tribunal Regional, a serventia de justiça que deve ter o anexo da escrivania eleitoral; g) dirigir os processos eleitorais e determinar a inscrição e a exclusão de eleitores; h) expedir títulos eleitorais e conceder transferência de eleitor; i) dividir a zona em seções eleitorais; j) mandar organizar, em ordem alfabética, relação dos eleitores de cada seção, para remessa a mesa receptora, juntamente com a pasta das folhas individuais de votação; k) ordenar o registro e cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao Tribunal Regional; l) designar, até sessenta dias antes das eleições os locais das seções; m) nomear, sessenta dias antes da eleição, em audiência pública anunciada com pelo menos cinco dias de antecedência, os membros das mesas receptoras; n) instruir os membros das mesas receptoras sobre as suas funções; o) providenciar para a solução das ocorrências que se verificarem nas mesas receptoras; p) tomar todas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos

das eleições; q) fornecer aos que não votaram por motivo justificado e aos não alistados, por dispensados do alistamento, um certificado que os isente das sanções legais; r) comunicar, até às 12 horas do dia seguinte a realização da eleição, ao Tribunal Regional e aos delegados de partidos credenciados, o número de eleitores que votarem em cada uma das seções da zona sob sua jurisdição, bem como o total de votantes da zona.

2.4.4 Juntas Eleitorais

As Juntas Eleitorais são órgãos colegiados de primeira instância da Justiça Eleitoral, gozando seus membros, no exercício de suas funções, de plenas garantias da magistratura de carreira, inclusive inamovibilidade. Cada Junta Eleitoral será formada por um Juiz de Direito, que será o seu presidente e mais dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade, não lhes sendo exigida formação jurídica. Em cada zona eleitoral podem ser organizadas tantas Juntas Eleitorais quantas permitir o número de Juízes de Direito que gozem das garantias do artigo 95 da Constituição Federal, ainda que não sejam Juízes Eleitorais.

As Juntas Eleitorais têm como missão precípua a apuração do pleito. Compete a tais órgãos: a) apurar, no prazo de dez dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição; b) resolver as impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração; c) expedir os boletins de apuração; e d) expedir diploma aos eleitos para cargos municipais.

Impende salientar que todos os membros da Justiça Eleitoral, sejam integrantes das Juntas Eleitorais, Juízes Eleitorais ou membros dos Tribunais Eleitorais, têm asseguradas as mesmas garantias concedidas por lei aos integrantes do Poder Judiciário. Aqueles que já são magistrados de carreira – Ministros, Desembargadores, Juízes de Direito e Juízes Federais – já são beneficiados com as garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, contudo, os advogados e os membros das Juntas Eleitorais, que não integram o Poder Judiciário, são agraciados com as demais garantias dos magistrados, como, por exemplo, a prerrogativa dos membros dos Tribunais Regionais Eleitorais de serem julgados por crimes comuns pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal).

2.5 A Justiça Eleitoral Brasileira e o controle do processo eleitoral

Como pôde ser observado no tópico anterior, a Justiça Eleitoral Brasileira surgiu a partir de uma demanda social e política específica, para assegurar a soberania popular e fazer frente às investidas de poderes particulares de ordem econômica, ideológica ou qualquer outra, em benefício da democracia real do poder social.

Com efeito, qualquer país que se proclame democrático e que tenha por fundamento a soberania popular deve adotar um sistema de controle do processo eleitoral para que os governos se sucedam pacificamente, assegurando-se a normal aferição da vontade popular, com rigorosa probidade. Fávila Ribeiro observa que foram desenvolvidos três sistemas para realizar essa apuração: “a) o da verificação dos poderes, a cargo dos órgãos legislativos; b) o sistema eclético de um tribunal misto, com composição dúplice: política e jurisdicional; e c) o sistema de controle por um tribunal eleitoral, tipicamente judiciário”.²⁴

Em qualquer um desses sistemas, a neutralidade e idoneidade do órgão encarregado de realizar a apuração da vontade popular são imprescindíveis para a segurança e lisura do processo eleitoral.

2.5.1 O Sistema de verificação dos poderes

No sistema de verificação dos poderes, desenvolvido como uma arma defensiva contra as ingerências e pressões do Poder Executivo, cada câmara apresenta-se como único juiz da elegibilidade e da regularidade da eleição de seus próprios membros.

Este sistema foi adotado pela Inglaterra do Século XVII, como garantia contra o despotismo dos monarcas e pela Constituição americana de 1787, considerado como elemento integrante do mecanismo da separação dos poderes, consagrado pelas Colônias recentemente libertadas da metrópole inglesa, cujo artigo 1º, seção V, n.º 1 estabelecia: “*Each House shall be the judge of the elections, return and qualifications of its owns members, and a majority of each shall constitute a quorum to do business*”.²⁵

A França também adotou o sistema da verificação dos poderes, desde 1789, com a reunião dos Estados Gerais, formados por representantes das três classes (nobres, membros do clero e camponeses) que mais tarde se autoproclamaram Assembleia Nacional e logo depois

²⁴ RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.109.

²⁵ Cada Câmara será juiz das eleições, renovações periódicas e qualificações dos seus próprios membros; em cada uma delas, a maioria se constituirá no quórum necessário para deliberar. (Tradução nossa).

Constituinte, baseado na ideia de que as operações eleitorais devem ser verificadas pelos corpos legislativos, que são o juiz de sua validade. Ao assumir o controle da regularidade da eleição e sobre a elegibilidade dos seus membros, antes prerrogativa do Rei, o Poder Legislativo encontrou o meio necessário para firmar sua independência funcional em relação ao Poder Executivo.

Em sua fase imperial, o Brasil também adotou o sistema da verificação dos poderes, sedimentado no artigo 21 da Constituição de 1824, que assim estabelecia: “Art. 21. A nomeação dos respectivos Presidentes, Vice Presidentes, e Secretários das Câmaras, verificação dos poderes dos seus Membros, Juramento, e sua policia interior, se executará na forma dos seus Regimentos”. Aplicado tanto à Assembleia Geral, composta da Câmara de Deputados e Câmara de Senadores, quanto às assembleias provinciais, este sistema era considerado uma garantia inerente ao próprio regime democrático.

Nessa perspectiva, a Constituição Republicana de 1891 manteve intacto esse postulado, porquanto os constituintes republicanos o consideravam uma proteção contra as ingerências do Poder Executivo. Por outro lado, o controle do processo eleitoral não poderia ficar a cargo do Poder Judiciário, porque, sendo “o supremo contrasteador da Constituição, investi-lo de tal atribuição seria levá-lo da arena da justiça para o círculo quase sempre confuso e não raro anárquico dos partidos”.²⁶

A realidade brasileira, no entanto, mostrou que o sistema da verificação dos poderes não apresentava um controle do processo eleitoral que assegurasse a escoreita apuração da vontade popular, ao ponto de Fávila Ribeiro afirmar que:

Tamanhas eram as deformações do processo eleitoral, que não seria exagerado concluir-se que, apesar da idealização dos elaboradores da Constituição, nela inserindo as fórmulas mais aprimoradas do regime democrático, este autenticamente não existiu, porquanto as representações eram obtidas por coações aos grupos votantes, por falsificações dos votos, por depuração facciosa dos eleitores, revelando a falta de legitimidade das correntes majoritárias investidas nos mandados governamentais, que dariam existência fática à democracia constitucionalmente esboçada.²⁷

Este tipo de controle foi utilizado ainda em diversos outros países, dentre os quais: Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Noruega, México e Itália.

²⁶ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 1999, p.111.

²⁷ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 1999, p.111.

2.5.2 O Sistema Eclético

Constatando as imperfeições do sistema de verificação de poderes de controle do processo eleitoral, de caráter eminentemente político, mas ainda adversas à atuação do Poder Judiciário nesse campo de atividade, algumas nações conceberam um sistema intermediário, com a criação de um tribunal misto com composição parte política e parte jurisdicional, com o qual se afastam os julgamentos de cunho exclusivamente partidário, mas também sem o predomínio judiciário, considerado indesejável.

Este sistema foi adotado pela Constituição de Weimar, de 1919, cujo artigo 31 instituiu o Tribunal de Verificação Eleitoral (*wahlprüfungsgesicht*), com competência para a verificação das eleições e para conhecer das questões relativas à perda de mandato de Deputado. Este tribunal era composto de três membros da Assembleia Nacional, eleitos pela mesma para o período de uma legislatura e de dois membros do Tribunal Administrativo da República, nomeados pelo Presidente da República.

Essa tendência de adotar um sistema de controle misto do processo eleitoral foi mantida pela atual Constituição Alemã, que concede ao parlamento (*Bundestag*, chamado de Dieta Federal) o poder de verificação dos mandatos de seus próprios membros, mas com um sistema de recurso para o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), cuja composição é feita em partes iguais, pela Dieta Federal e pelo Conselho Federal (órgão que representa os Estados federais, formado por membros dos governos estaduais ou por seus representantes), buscando alcançar um sistema jurisdicional, mas de feição também política, sem o controle exclusivo do Judiciário.

A atual Constituição Francesa também adota um sistema de controle misto, atribuindo ao Conselho Constitucional a competência para decidir em última instância sobre os julgamentos das eleições, examinando as reclamações e proclamando o resultado do escrutínio, além de velar pela regularidade das eleições para Presidente da República, Deputados e Senadores. O Conselho Constitucional tem composição eclética, possuindo três membros escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado, integrando-o ainda os antigos Presidentes da República.

2.5.3 O Sistema Judiciário

Pode-se dizer que o sistema judiciário de controle do processo eleitoral surgiu na Inglaterra, com o desenvolvimento do próprio sistema representativo britânico, quando em dado momento histórico, despontou nas esferas parlamentares a necessidade da instauração de um imparcial e idôneo sistema de controle das eleições.

Inicialmente, a Inglaterra adotou o sistema de verificação dos poderes no controle das eleições, o que representava garantia contra o despotismo dos monarcas. Todavia, a experiência demonstrou que esse sistema era manipulado despoticamente pelas maiorias parlamentares, indicando a necessidade de se incorporar elementos éticos aos políticos no controle das eleições para benefício igualitário de todos. Para tanto, não bastava a aplicação do método jurisdicional por membros do parlamento, já que impossível se obter julgamentos imparciais quando efetuados pelos próprios interessados, somente a utilização de padrões jurisdicionais igualitários poderia assegurar a autenticidade da apuração da vontade popular nas eleições.

Os parlamentares ingleses perceberam que somente uma estrutura judiciária imparcial, de caráter permanente e com eficiência operativa, acrescida da igualdade do acesso de todos no processo eleitoral e da legitimidade de qualquer dos interessados em promover as medidas em defesa das diversas fases do processo eleitoral poderiam assegurar eleições idôneas.

Essa estrutura judiciária eleitoral deve ser permanente, mas sem quadro perene, ou seja, a composição dos seus órgãos deve se submeter ao mesmo regime de periodicidade aplicado aos mandatos parlamentares, de modo que o revezamento periódico dos seus membros assegure a continuidade do exercício do controle imparcial, prevenindo-os dos desgastes decorrentes das fricções políticas. Além disso, a limitação da permanência na judicatura eleitoral garante a atualização do entendimento do tribunal em compasso com as mudanças sociais, bem como evita a instalação de feudo, ou seja, se o magistrado não demonstrar a necessária imparcialidade no exercício do seu mister, não poderá causar grandes danos ao processo eleitoral, uma vez que sua atuação é temporária.

Nessa perspectiva, a atuação dos membros da justiça Eleitoral na Inglaterra foi limitada a um biênio, admitida apenas uma recondução, chegando-se ao período máximo de atuação de quatro anos, mesmo tempo de duração de um mandato parlamentar, evitando-se a atuação em duas eleições idênticas.

Como corolário da regra da temporariedade, tem-se que a magistratura eleitoral não tem o seu quadro próprio de juízes, no entanto, nem por isso foram dispensadas as imprescindíveis garantias necessárias ao exercício das funções judiciais. A solução foi designar para a justiça eleitoral membros recrutados em outros órgãos judiciários, os quais permanecem com suas garantias no exercício das funções da justiça especializada. Mesmo a parcela da justiça eleitoral inglesa formada por juristas indicados em listas de advogados e nomeados pelo Chefe de Estado goza da garantia da impossibilidade de demissão no período de investidura.

Impende salientar que a criação do sistema judiciário de controle do processo eleitoral na Inglaterra não decorreu de um processo evolutivo rápido e fácil, pelo contrário, eclodiu de um processo paulatino, algumas vezes com rupturas violentas, outras com composições entre os contendores. Fávila Ribeiro, mencionando Jacques Cadart, observa que durante mais de três quartos do século XIX os britânicos tiveram um dos sistemas eleitorais mais corrompidos que jamais existiram, porém, a partir de 1885, a honestidade de suas eleições passou a ser um modelo para o resto do mundo.²⁸

Algumas dessas alterações no processo eleitoral decorreram do chamado “Cartismo”, movimento social inglês que se iniciou na década de 30 do século XIX, tendo por fundamento a carta escrita pelo radical William Lovett ao Parlamento Inglês, intitulada “Carta do Povo”, na qual se exigia o direito de todos os homens ao voto; o voto secreto por meio da cédula; eleição anual; igualdade entre os direitos eleitorais; e participação remunerada de representantes da classe operária no parlamento. Inicialmente essas exigências não foram aceitas pelo Parlamento, originando um movimento rebelde, no entanto, as propostas da carta acabaram sendo incorporadas gradualmente e o movimento foi perdendo as forças até sua desintegração.

Sem embargo, apesar de politicamente derrotado, o movimento conseguiu mudanças efetivas, tais como a primeira lei de proteção ao trabalho infantil (1833), a lei de imprensa (1836), a reforma do Código Penal, a lei permitindo as associações políticas e, notadamente, o reconhecimento do voto em razão do próprio homem, e não em razão da terra que este possuísse. Mas, segundo John W. Burgess, “o grande resultado da revolução foi organizar-se

²⁸ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 1999, p.117.

o povo, o Estado, na Câmara dos Comuns, passando esta a ocupar dupla posição no sistema político inglês: um ramo do corpo legislativo e a expressão da soberania no Estado”.²⁹

Em suma, os ingleses que criaram o regime parlamentar compreenderam que para obterem julgamentos equânimes em relação ao processo eleitoral era necessário dispor de um juiz imparcial e desinteressado das matérias suscitadas. Esse juiz jamais poderia ser encontrado no parlamento, mas deveria ser recrutado temporariamente na própria magistratura. Assim, uma lei de 1868 estatuiu que as eleições contestadas seriam submetidas à decisão dos juízes comuns, competentes em matéria eleitoral. A opinião pública inglesa foi praticamente unânime em aprovar a adoção do novo sistema e os resultados foram tão significativos, que vários outros países passaram a adotá-lo, como por exemplo: o Canadá e a Hungria, em 1874, a Grécia, em 1911 e a Tchecoslováquia, em 1920.

O Brasil adotou o sistema da verificação dos poderes em sua fase colonial, imperial e na República Velha, até que com a vitória da Revolução de 1930, foi criada a Justiça Eleitoral. Como já visto anteriormente, dentre os ideais inspiradores da Revolução, despontavam as ideias da instituição do sufrágio feminino, a diminuição da idade eleitoral, a valorização do voto secreto como expressão da vontade da cidadania e da assunção pela Justiça Eleitoral, composta por juízes com garantias constitucionais de independência, da execução de todas as tarefas relativas ao processo eleitoral, desde o alistamento dos eleitores até a diplomação dos eleitos.

Nesse contexto histórico, dois anos depois veio a ser aprovado o Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, elaborado por Assis Brasil, João Cabral e Mário Pinto Serva, considerado o primeiro Código Eleitoral do Brasil, que consubstanciou os ideais revolucionários, quais sejam: a instituição do voto da mulher; a modificação da idade mínima para votar; a representação proporcional; o voto secreto em cabina indevassável; o sufrágio universal e direto; a regulamentação de todas as eleições, federais, estaduais e municipais pelo mesmo diploma legal; a criação da Justiça Eleitoral; a competência do Tribunal Regional para processar e julgar os crimes eleitorais e até a previsão da utilização da máquina de votar, que somente veio a se tornar realidade em 1996, com a utilização da urna eletrônica. Instaurou-se, a partir deste comenos, o sistema de controle judiciário do processo eleitoral no Brasil.

²⁹ BURGESS apud RIBEIRO, Fávila, op. cit., 1999, p.118.

Atualmente, o sistema de controle judiciário adotado no Brasil apresenta muita similitude com o modelo concebido pelos ingleses. Compete à Justiça Eleitoral a realização do alistamento eleitoral, as eleições, a apuração dos votos, a diplomação dos eleitos, o julgamento dos crimes eleitorais, as ações destinadas a cassar o registro, o diploma ou o mandato de candidatos eleitos e a declaração de inelegibilidade.

Outrossim, a Justiça Eleitoral Brasileira, posto que permanente, não dispõe de quadro próprio de magistrados, compondo-se de membros de outros tribunais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados), de juízes federais e estaduais, e de juristas da classe dos advogados nomeados pelo Presidente da República. Além disso, as investidas são periódicas, de no mínimo dois anos e no máximo dois biênios consecutivos, de forma que nenhum magistrado tem vinculação permanente com a mesma, o que garante uma constante atualização da jurisprudência em virtude das periódicas alterações na composição dos seus tribunais.

Outra característica da Justiça Eleitoral brasileira que mantém certa semelhança com o sistema inglês diz respeito ao tratamento conferido ao precedente judicial.

Segundo Guido Fernando Silva Soares, os sistemas jurídicos são divididos em quatro grandes famílias, sendo que os dois grupos mais importantes são: a) o sistema romano-germânico, no qual o Direito brasileiro se inclui, denominado pelos ingleses de *Civil Law*; e b) o sistema da *Common Law*, em que se situam o Direito inglês (*Common Law* puro) e o norte-americano (*Common Law* misto). Misto porque subordinado a uma Constituição escrita. Além destes, tem-se o sistema dos direitos socialistas, predominantes na Europa do Leste, encabeçados pela extinta URSS, e outras concepções da ordem social e do direito ligado à religião, tais como o direito muçulmano, indiano, judaico etc.³⁰ Nos países que adotam o sistema romano-germânico, como é o caso do Brasil e da maioria dos países da Europa ocidental, cabe ao Poder Judiciário somente aplicar a lei, não constituindo a jurisprudência fonte formal do direito. O costume e a equidade são utilizados somente para colmatar as lacunas deixadas pela lei.

Já nos países de sistema jurídico anglo-saxônico, há uma concorrência entre o direito costumeiro (*common law*) e a lei. Esta tem uma função auxiliar de complementação e

³⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law** – introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.25.

esclarecimento do direito comum, não ostentando a preeminência observada no sistema da Civil Law. Cabe aos tribunais aplicar o *Common Law* e estes, ao decidir, criam precedentes judiciais vinculantes, decorrentes do princípio do *stare decisis*, segundo o qual os tribunais de hierarquia inferior são obrigados a respeitar as decisões dos superiores, que por sua vez também se obrigam por suas próprias decisões. A partir do precedente judicial nasce a norma jurídica geral obrigatória, ou seja, neste sistema jurídico o direito é feito pelo juiz.³¹

O Brasil, embora adote sistema jurídico romano-germânico, no âmbito do Direito Eleitoral, por influência do sistema judiciário de controle do processo eleitoral copiado do sistema inglês, constata-se a observância da regra do precedente, como observa Djalma Pinto:

No Direito Eleitoral brasileiro, predomina o sistema da Common Law com algumas particularidades. Os precedentes construídos, cases produzidos no TSE, mesmo inexistindo lei determinando o efeito vinculante, são acolhidos pelos Juízes e Tribunais Eleitorais, que os seguem à risca. A regra do precedente, no Direito Eleitoral, é, pois, à luz da realidade, um fato incontroverso. A diferença para os países do sistema anglo-saxônico é que lá o precedente ‘tem força obrigatória para os casos futuros’, e aqui, embora não havendo essa obrigatoriedade, os juízes eleitorais o seguem espontaneamente, observam-no à risca, com tal intensidade que, na prática, o TSE efetivamente cria o Direito. Partem os juízes e integrantes dos Tribunais eleitorais locais da constatação da quase inutilidade em produzir acórdãos ou decisões divergentes dos precedentes do TSE, que serão ali fatalmente reformados.³²

Deste modo, mesmo sendo o Brasil um país de sistema jurídico de origem romano-germânica (*Civil Law*), que prestigia a norma geral e abstrata produzida pelo Poder Legislativo, verifica-se no âmbito da Justiça Eleitoral, por influência do sistema judiciário de controle do processo eleitoral desenvolvido a partir do sistema inglês, a observância da regra do precedente (*stare decisis*), característica dos países que adotam o sistema da *Common Law*, isto é, aqueles que adotam o sistema jurídico anglo-saxônico.

³¹ CLÉVE, Clémerson Merlin, op. cit., 2000, p.80.

³² PINTO, Djalma, op. cit., 2006, p.22.

3 AS FUNÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

A adoção da fórmula política do Estado de Direito pelo ordenamento jurídico constitucional de um país implica na necessidade de se garantir que a atividade do Estado esteja sempre adstrita à observância das normas jurídicas postas pelo próprio Estado, bem como que a divisão e a execução das funções estatais sejam atribuídas a diferentes órgãos ou Poderes, garantindo, assim, a submissão a mecanismos eficazes de controle, tanto em seus âmbitos interno e externo, permitindo a participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação do Direito.

Por outro norte, deve-se observar que a divisão de funções entre os órgãos do poder e sua independência não são absolutas, de modo que, cada um dos poderes pode exercer também as outras atribuições inerentes aos demais poderes. A própria Constituição permite interferências para estabelecer um sistema de freios e contrapesos, que garanta o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento de outro e especialmente dos governados. A delimitação de áreas específicas de independência e a harmonia entre os Poderes visam, exatamente, garantir a limitação do poder, uma das finalidades primordiais do Estado Democrático de Direito. Assim, as interferências de um Poder sobre o outro podem ser admitidas, desde que tenham por finalidade a realização do controle recíproco.

Não há, portanto, o que se falar em exclusividade, mas sim em predominância do exercício de determinada atividade por um dos poderes, daquela que se constitui na sua própria razão de existência, ou seja, o Poder Executivo desempenha com maior relevo a função executiva; o Poder Legislativo, a função legiferante; enquanto o Poder Judiciário exerce com supremacia a função jurisdicional.

A função legislativa pode ser definida como a atividade tendente à criação de normas gerais de conduta, imperativas *erga omnes*; a função administrativa ou executiva consiste na atividade concreta do Estado, dirigida à satisfação das necessidades coletivas, de maneira direta ou imediata, sendo a sua nota tipificadora a realização de algo concreto, em casos

individuais; por derradeiro, a função jurisdicional caracteriza-se como aquela que produz decisões imperativas de contendas, determinando o direito aplicável aos casos litigiosos concretos.

Nessa perspectiva, utilizando o critério material na classificação das funções estatais, para o qual o que importa é a essencialidade da atividade, independentemente do órgão que a exerça, Eros Grau separou-as em função normativa, administrativa e jurisdicional. A função normativa consiste no dever-poder de emanar estatuições primárias, impostas com força própria, contendo preceitos abstratos e genéricos, em decorrência do exercício de um poder originário, caso essa atribuição provenha, explícita ou implicitamente, da Constituição, ou de um poder derivado, quando, por meio de lei formal, atribui-se poder normativo a um órgão que ordinariamente não o detinha.

Assim sendo, a função normativa não é idêntica à função legislativa, que pode ser definida como aquela de emanação de prescrições primárias, geralmente, mas não necessariamente, com conteúdo normativo, feita por intermédio de lei formal. A distinção entre as funções normativa e legislativa se dá pelo grau de abstração e generalidade que as suas respectivas prescrições apresentam, bem como pela forma que surgem no ordenamento jurídico. Por conseguinte, a função normativa não é exclusiva do Poder Legislativo (a legislativa sim), podendo ser também exercida por outros órgãos (Executivo ou Judiciário), desde que prevista a atribuição na Constituição Federal ou em lei em seu sentido formal.

A Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário, conforme dispõem os artigos 92, inciso V, e 118 da Constituição Federal, tem como função predominante a jurisdicional, consistente em dizer o direito aplicável à espécie nos casos que lhe são submetidos, desde que alusivos ao processo eleitoral. Sobre a competência da Justiça Eleitoral, Roberto Rosas ensina:

A Justiça Eleitoral tem sua atuação no processo eleitoral. Dentro desses limites age essa Justiça especializada, e, afora isso, ainda que seja mandato político, cabe à Justiça comum a sua apreciação. Então, a circunscrição está nas eleições não somente no ato de votar, porém antes e depois desse ato, desde as convenções partidárias, o registro das candidaturas, a eleição, a apuração, a proclamação dos eleitos e a diplomação. Diz-se comumente que a diplomação encerra o processo eleitoral. Entretanto, cabe ponderar que outras atividades da Justiça Eleitoral não estão propriamente no processo eleitoral. Veja-se o alistamento, que é permanente, independente das eleições; a regulação da forma de consulta nos plebiscitos e o plebiscito para emancipação de municípios. Ainda cabe incluir na jurisdição eleitoral tudo aquilo referente às atividades partidárias, desde a fundação dos partidos, como

seu registro no Tribunal Superior Eleitoral, os atos de escolha dos dirigentes partidários, até a sua extinção.¹

Sem embargo, a Justiça Eleitoral não se limita ao exercício da função jurisdicional em matéria eleitoral, incumbindo-lhe também a função administrativa em relação ao processo eleitoral em todas as suas fases (alistamento eleitoral, convenções partidárias, pedido de registro de candidaturas, propaganda eleitoral, votação, apuração, proclamação dos eleitos e diplomação). Por este motivo, costuma-se afirmar que a Justiça Eleitoral é executiva.

Deve-se salientar que, ao se indicar a função executiva ou administrativa da Justiça Eleitoral não se está reportando ao aspecto administrativo *interno corpore* de todos os tribunais. Como bem observa Olivar Coneglian:

Qualquer Tribunal se governa e tem controle administrativo de sua estrutura interna: pagamento dos seus juízes e funcionários, administração de seus imóveis, concursos de admissão, licitação para compra de papéis e computadores, recrutamento de funcionários, regime de horário, de férias e de atribuições de seus juízes e funcionários, etc. Nesse ponto, o Poder Judiciário exerce funções de administração – diga-se, funções executivas. Mas, nesse caso, trata-se de administração interna: cada órgão do Poder Judiciário se administra internamente.²

Os órgãos públicos integrantes dos três Poderes, de uma maneira geral, possuem uma atividade-fim, a própria razão de sua existência, e atividades-meio, realizadas principalmente para viabilizar materialmente o alcance de seus objetivos. Assim, qualquer tribunal exerce atividade administrativa como atividade-meio para atingir sua atividade-fim que é o exercício da função jurisdicional.

A Justiça Eleitoral não é diferente, também exerce atividade administrativa interna visando viabilizar o exercício de sua atividade-fim, o desempenho da função jurisdicional em matéria eleitoral. Todavia, essa Justiça especializada tem outra atividade, de natureza executiva e de grande relevo: a realização das eleições. Por este motivo, diz-se que a Justiça Eleitoral é o Poder Executivo das Eleições.

Desde a sua criação em 1932, quando o controle das eleições passou do Poder Legislativo para a Justiça Eleitoral (Poder Judiciário), esta foi paulatinamente assumindo a administração e o controle de todas as fases do processo eleitoral, de forma que, atualmente, o papel do Poder Legislativo nas eleições se limita, praticamente, à elaboração das leis de

¹ ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 2. ed. São Paulo: RT, 1997, p.165-166.

² CONEGLIAN, Olivar. A justiça eleitoral. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito eleitoral contemporâneo**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.65.

regência do processo eleitoral e o do Poder Executivo em repassar as verbas orçamentárias destinadas a tal fim. Já o Poder Judiciário tem atuação em todas as etapas do processo eleitoral: procede a inscrição, exclusão e transferência de eleitores, além de zelar pela segurança e idoneidade do cadastro eleitoral; cria as zonas eleitorais e sua divisão em seções, indicando os locais de votação; convoca e nomeia mesários, membros das Juntas Eleitorais, escrutinadores e auxiliares; adquire equipamentos eletrônicos e os programas que irão utilizar; registra e fiscaliza os partidos políticos e seus segmentos, bem como suas contas; declara inelegibilidades; recebe e defere os pedidos de registro de candidaturas; fiscaliza e comanda a propaganda partidária e eleitoral; requisita tempo em emissoras de rádio e de televisão para a sua veiculação; elabora o orçamento da Justiça Eleitoral; requisita e distribui os recursos financeiros; convoca eleitores para votar; aplica multa aos eleitores, candidatos e partidos que cometam irregularidades; realiza a votação, a apuração, e a proclamação e diplomação dos eleitos.

Deste modo, a Justiça Eleitoral tem a incumbência de presidir, organizar, promover as eleições, devendo praticar todos os atos necessários para alcançar esse desiderato, agindo de ofício, independentemente de provocação. A postura tradicional de inércia e neutralidade do magistrado da Justiça comum deve ser mitigada, já que no exercício das funções eleitorais, sua atividade jurisdicional é somada à atividade administrativa de presidir as eleições.

Na verdade, a função jurisdicional e a função executiva da Justiça Eleitoral são intimamente relacionadas e decorrentes, ambas, do papel constitucional que lhe é atribuído.

Com efeito, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito que tem dentre os seus fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Já o parágrafo único deste artigo inaugural da Carta Magna giza que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ao dispor sobre os direitos políticos, a Lei Fundamental determina que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Deste modo, a atuação da Justiça Eleitoral, seja no exercício de sua função jurisdicional, seja no desempenho de sua função administrativa, deve buscar tornar efetivas e eficazes as disposições constitucionais, fortalecendo o regime democrático, garantindo a soberania

popular e o exercício da cidadania. Ao realizar as eleições, à Justiça Eleitoral incumbe não apenas adotar as providências para que, materialmente, o cidadão possa exercer o seu direito de sufrágio, mas, principalmente, estabelecer um processo eleitoral racional, que apure a verdade das urnas, que conduza aos cargos dirigentes da Nação aqueles que realmente representam a vontade do povo. Da mesma forma, ao julgar os processos que lhe são submetidos, a Justiça Eleitoral deve procurar invalidar todas as práticas que possam comprometer a manifestação da vontade popular, principalmente as práticas que impliquem em abuso de poder econômico ou político, corrupção, fraude e captação ilícita de sufrágio. Sobre o papel institucional da Justiça Eleitoral, o Ministro Carlos Mário Veloso assim se manifestou:

A democracia, além dos pressupostos, tem condições. É condição da democracia, do regime democrático, a existência, em primeiro lugar de um mecanismo que possa captar e transmitir com fidelidade a vontade popular. Porque, vejam, a democracia é o governo do povo; povo que vai mandar por intermédio de representante, porque a democracia possível é a democracia indireta. Então, é condição da democracia que haja, que exista, um mecanismo impermeável à corrupção, que faça a captação da vontade popular e a transmita, e a torne efetiva. E é também condição da democracia, a existência de um processo eleitoral, impermeável, também, à corrupção. Um processo eleitoral que possa conduzir aos postos de mando aqueles que realmente o povo quis, quer que lá estejam mandados por ele, povo.³

Assim, a Justiça Eleitoral deve estar atenta para as condutas e processos que possam implicar em degradação da democracia, em violação ao direito da cidadania de eleger aqueles que representam a vontade do povo, enfim, que, de qualquer forma, afetem a lisura do processo eleitoral. Sua atribuição administrativa não consiste somente em realizar as eleições, mas garantir que o resultado do processo eleitoral seja expressão da verdade das urnas.

Essa duplicidade de funções atribuídas a um único órgão faz com que a Justiça Eleitoral apresente, em sua atuação, características que a distinguem da Justiça comum. Enquanto esta é por natureza inerte, somente atuando quando provocada, a Justiça Eleitoral, nos seus atos de administração, pode e deve agir de ofício, independentemente de provocação, notadamente para garantir a lisura do processo eleitoral, a liberdade no exercício do voto e o equilíbrio na disputa eleitoral. Apenas quando no exercício de sua função jurisdicional pura, a Justiça Eleitoral deve manter-se estática. Sobre o significado da função administrativa exercida pela Justiça Eleitoral ao realizar as eleições, Fávila Ribeiro pondera que:

Por sua finalidade não pode essa Justiça especializada enveredar por um comportamento estático, passivo. Assiste-lhe a responsabilidade pela autenticidade

³ VELOSO, Carlos Mário apud DELGADO, José Augusto, op. cit., 1995, p.112-113.

do pronunciamento popular, sendo do seu dever adotar as medidas que realmente assegurem a liberdade de voto e a lisura da sua contagem, impedindo adulteração nos dados emanados das urnas. Quando assim não faça, não se mostra à altura de sua elevada responsabilidade social. Em muitas de suas atribuições, mostra-se aparelhada com o poder de iniciativa, de modo a que possam os seus órgãos agir de ofício. Assim sucede porque muitas de suas atribuições não têm caráter jurisdicional, sendo, materialmente, administrativas. Com relação a estas, pelo menos, a intervenção da Justiça Eleitoral prescinde do concurso de terceiros.⁴

Por outro lado, impende salientar que as eleições são realizadas no âmbito das circunscrições eleitorais. Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o País; nas eleições federais, estaduais e distritais, o respectivo Estado ou o Distrito Federal; e nas municipais, o respectivo Município.

Por conseguinte, nas eleições presidenciais, nas quais são disputados os cargos de Presidente e Vice-Presidente, o comando direto da eleição é exercido pelo Tribunal Superior Eleitoral, de modo que, no aspecto puramente administrativo, forma-se uma rede composta de três níveis: Tribunal Superior Eleitoral; Tribunais Regionais Eleitorais; e Juízes e Juntas Eleitorais. O comando exercido pelo TSE se espraia por toda essa rede, atingindo todo o Brasil. Os votos são colhidos nos pontos terminais da rede, as zonas eleitorais, onde serão apurados e os resultados encaminhados ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral, que, por sua vez, realizará a totalização dos votos referentes à sua unidade da federação e encaminhará o resultado para o TSE, que procederá à totalização final da eleição. Há, portanto, participação de todo o sistema judicial eleitoral. Já no aspecto jurisdicional, nas eleições presidenciais, o TSE atua com exclusividade, não havendo função jurisdicional dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos Juízes Eleitorais.

Nas eleições estaduais e distritais, também chamadas de eleições gerais, nas quais são disputados os cargos de Governador, Vice-Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual ou Deputado Distrital, cada Tribunal Regional Eleitoral exerce o comando direto, o qual se propaga pela rede administrativa, desta feita formada apenas em dois níveis: Tribunais Regionais Eleitorais, em um, e Juízes e Juntas eleitorais em outro. Nessas redes estaduais ou distrital participam os órgãos integrantes do sistema judicial eleitoral da respectiva unidade da federação. Os votos também são colhidos nas zonas eleitorais, onde serão apurados e os resultados encaminhados ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral, que realizará a totalização dos votos alusivos à sua unidade da federação. No aspecto jurisdicional, o Tribunal Regional Eleitoral atua como órgão de primeira instância e o Tribunal Superior

⁴ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 1999, p.183-184.

Eleitoral como instância recursal, não havendo exercício de função jurisdicional pelos Juízes Eleitorais.⁵

Por fim, nas eleições municipais, nas quais são disputados os cargos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador, cabe aos Juízes Eleitorais o exercício das funções administrativa e jurisdicional, cabendo ao Tribunal Regional Eleitoral e ao Tribunal Superior Eleitoral o papel de instâncias recursais. Além disso, em qualquer tipo de eleição, o Tribunal Superior Eleitoral atua como órgão máximo de organização e regulamentação.

Para desempenho das múltiplas funções que lhe são atribuídas, notadamente, no contexto administrativo e do poder de fiscalizar os atos que compõem as complexas fases do processo eleitoral, desde o alistamento dos eleitores até a diplomação dos eleitos, bem como para cumprir sua missão de aferir a vontade das urnas e estabelecer um processo eleitoral lógico e probo, a Justiça Eleitoral utiliza-se do seu poder normativo, traduzido na competência de expedir instruções, por meio de atos normativos com efeitos gerais e abstratos sobre matéria eleitoral.

Da mesma forma como cabe ao Poder Executivo a regulamentação das leis ordinárias, cabe ao Poder Judiciário Eleitoral, na qualidade de poder executivo das eleições, regulamentar as leis eleitorais, fazendo-o por intermédio de suas resoluções, sejam em forma de instruções, sejam em forma de consultas.

As formas de expressão do poder normativo da Justiça Eleitoral, sua diferença em relação ao poder regulamentar, sua natureza jurídica e limites serão objeto de abordagem específica, em parte mais adiante deste trabalho de pesquisa.

3.1 Origem e evolução do Poder Normativo da Justiça Eleitoral

A formação do ordenamento jurídico eleitoral do Brasil se iniciou ainda na época do Império, tendo assumido diversas formas, dentre as quais: instruções, como as de 07 de março de 2001, utilizadas para a eleição dos membros do Conselho de Procuradores Gerais das províncias do Brasil em 1822; Decretos, como o de 03 de junho de 1822, que convocou a primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil; Decisões, como a de n.º 57, de 19 de junho de 1822, que veiculou as instruções para eleição indireta, em dois turnos, de

⁵ CONEGLIAN, Olivar, op. cit., 2003, p.68.

senadores e deputados; Leis, como a n.º 387, de 19 de agosto de 1846, primeira lei oriunda de processo legislativo regular, votado pelo Poder Legislativo; Decretos-lei, como o de n.º 7.586, de 28 de maio de 1945, que reformulou o quadro eleitoral após o fim do Estado-Novo; e Decretos Regulamentares, como o que promulgou o Regulamento Eleitoral em 08 de fevereiro de 1890.⁶

Na vigência da Constituição Imperial, cabia ao Ministro dos Negócios do Império expedir os decretos reguladores do procedimento a ser adotado nas eleições gerais do País, quando eram eleitos deputados, senadores e os membros dos conselhos gerais das províncias, os quais posteriormente se transformaram em assembleias. Essas eleições eram marcadas pela influência do poder imperial e pela total ausência de respeito à vontade popular.

O Decreto de 3 de junho de 1822, que convocou a primeira Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa, determinava que seus membros seriam eleitos pelas instruções que fossem expedidas.

Ao seu turno, o Decreto de 26 de março de 1824 é considerado a primeira lei eleitoral brasileira, tendo tratado, sob a forma de instruções da lavra do Ministro do Império João Severiano Costa, das eleições das Assembleias paroquiais, nomeação dos eleitores paroquiais, apuração, colégios eleitorais e eleição indireta para o Senado, Câmara e Conselhos Provinciais, ao passo que a Lei n.º 387, de 19 de agosto de 1846 é tida como a primeira lei decorrente de processo legislativo regular, aprovada pelo Poder Legislativo.⁷

No ambiente da Revolução de 1930 foi publicado o Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, considerado o primeiro Código Eleitoral Brasileiro e com o qual teve surgimento a Justiça Eleitoral no Brasil. O artigo 14 do referido diploma legal determinava que cabia à Justiça Eleitoral a função de fixar normas uniformes para aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias.

Em 1933, o Decreto n.º 22.627 estabeleceu que o Governo provisório determinasse que as instruções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral fossem observadas na eleição da Assembleia Nacional Constituinte, enquanto o Decreto n.º 22.695 prescreveu que as

⁶ LACERDA, Paulo José Martins; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da. **O poder normativo da Justiça Eleitoral**. João Pessoa: Sal da Terra, 2004, p.26.

⁷ CÂNDIDO, JOEL J., op. cit., 2005, p.27

instruções organizadas e redigidas pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral deveriam ser observadas com o fim de abreviar a apuração das eleições de 10 de maio daquele ano.

Posteriormente, advieram a Lei n.º 48, de 04 de maio de 1935, o Decreto-Lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1950, a Lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950 e, por derradeiro, a Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, também considerados Códigos Eleitorais de nosso País.⁸

Impende salientar que o artigo 144 do Decreto-Lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945, estabeleceu a competência do Tribunal Superior Eleitoral para baixar instruções no intuito de facilitar o alistamento eleitoral, bem como interpretar a lei, podendo regular os casos omissos, trazendo, assim, a previsão da expedição de atos normativos primários pela Justiça Eleitoral.

O atual Código Eleitoral – Lei 4.737/65, em seu artigo 23, inciso IX; a Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei n.º 9.096/95, em seu artigo 61; e a Lei das Eleições – Lei n.º 9.504/97, em seu artigo 105, trouxeram a previsão da expedição, pelo Tribunal Superior Eleitoral, das instruções necessárias a sua fiel execução, mantendo a nomenclatura que prevaleceu ao longo de toda a história do ordenamento jurídico eleitoral brasileiro.

Paulo José Martins Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva observam que, mesmo antes da vigência do atual Código Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral, sob a presidência do Ministro Nelson Hungria, em sessão realizada em 13 de novembro de 1959, reconheceu a função normativa da Justiça Eleitoral, exercida por intermédio de instruções para fiel execução das leis eleitorais, “como instrumento de exercício de sua missão principal de garantir o exercício dos direitos políticos e a vitalidade do regime democrático”.⁹

Vale ressaltar que até mesmo nos anos da ditadura militar, os Atos Institucionais Complementares editados pelo regime militar previam a competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir instruções visando sua fiel execução.

A Constituição Federal de 1988 prescreveu em seu artigo 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre Direito Eleitoral, contudo, trouxe no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a previsão de que, na ausência de norma legal

⁸ LACERDA, Paulo José Martins; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da, op. cit., 2004, p.27.

⁹ LACERDA, Paulo José Martins; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da, op. cit., 2004, p.39.

específica, coube ao Tribunal Superior Eleitoral editar as normas necessárias à realização das eleições de 1988, respeitada a legislação vigente (artigo 5º, § 2º, ADCT).

A Emenda Constitucional n.º 16/97 instituiu a regra da reeleição para os cargos de Presidente da República, Governador de Estado e do Distrito Federal, e Prefeito e estabeleceu regras para as eleições presidenciais. Na mesma época, o Congresso Nacional aprovou a Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que ficou conhecida como “Lei das Eleições”, em virtude do seu objetivo de disciplinar todas as eleições daquela data em diante, pondo fim às leis eleitorais casuísticas que eram editadas pelo Parlamento antes de outubro do ano anterior a cada pleito. O artigo 105 do referido diploma legal determinou que o Tribunal Superior Eleitoral expedisse, até o dia 05 de março do ano da eleição, todas as instruções necessárias à execução daquela Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os Delegados dos partidos participantes do pleito, ratificando a previsão do artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral e consagrando o poder normativo da Justiça Eleitoral.

Verifica-se, portanto, que mesmo durante o período em que o Brasil adotou o sistema de verificação dos poderes, com o controle do processo eleitoral realizado pelo Poder Legislativo, predominaram as instruções como forma de manifestação das leis eleitorais. Com a criação da Justiça Eleitoral, a competência para expedir as instruções que iriam determinar os procedimentos a serem adotados nas eleições, antes atribuída a outros órgãos, transmudou-se para o Tribunal Superior Eleitoral, de modo que o surgimento do poder normativo da Justiça Eleitoral coincidiu com a sua própria criação.

3.2 A Competência Regulamentar e a Justiça Eleitoral

Como já ficou assentado, no quadro de divisão de funções entre os Poderes da República, cabe ao Poder Legislativo a tarefa de legislar. Contudo, pela sua própria natureza, a lei deve ser concisa, deve ser formulada em termos gerais e abstratos para que possa se estender a todos os casos da mesma espécie. Por este motivo, muitas vezes, as leis não são auto-aplicáveis, ficando a sua exigibilidade na dependência da edição de um ato normativo de hierarquia infralegal que a complemente.

Esses atos normativos complementares de hierarquia inferior à da lei são os chamados regulamentos, destinados a explicitar o ordenamento jurídico originário, conferindo-lhe a

indispensável eficácia e, geralmente, não provém mais do Poder Legislativo, mas do Chefe do Poder Executivo.

Deve-se ressaltar que não existe um conceito único, universalmente válido e preciso para a espécie normativa em debate. O termo regulamento não indica com precisão uma categoria de atos uniformes, pelo contrário, designa diversas acepções em diferentes países e em épocas distintas, motivo pelo qual não se pode encontrar relevante contribuição no direito comparado.

Nesta mesma linha de entendimento, Geraldo Ataliba afirmou que “[...] todas as contribuições do direito comparado são inservíveis, porque essa competência em cada Estado é regulada de um modo; em cada contexto tem uma dimensão”.¹⁰

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, regulamento é “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.¹¹

Já segundo a definição de José Joaquim Gomes Canotilho, “o regulamento é uma norma emanada pela Administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou complementar da lei [...]”.¹²

No Brasil, a previsão da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis esteve presente em todas as Constituições da República e até mesmo na Constituição do Império.

Com efeito, o artigo 102, inciso XII da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, estabelecia: “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes attribuições: [...] XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados à boa execução das Leis”. (Sic).

Com a institucionalização da República, o disciplinamento da competência regulamentar do Presidente da República esteve presente em todos os textos constitucionais, ou seja, foi insculpido no artigo 48, inciso 1º da Constituição de 1891; no artigo 56, inciso 1º,

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.137.

¹¹ Ibid., 2001, p.311.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1999a, p.829.

da Carta Magna de 1934; no artigo 74, alínea “a”, da Carta Política de 1937; no artigo 87, inciso I, da Constituição de 1946; bem como no artigo 83, inciso II, da Constituição de 1967 e em seu artigo 81, inciso V, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 01/69.

O artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 prescreve que ao chefe do Poder Executivo compete expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis que tiver sancionado, publicado e promulgado.

Em geral, a competência regulamentar é objeto de estudo dos administrativistas, no contexto dos Poderes Administrativos, prerrogativas conferidas aos agentes administrativos para que o Estado possa alcançar os fins a que se destina. Deve-se ressaltar, todavia, que não obstante o vocábulo poder passe a impressão de que se trata de uma faculdade da Administração, uma competência cujo exercício seja facultativo, na realidade, constitui-se em um poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade. Como salienta Cármen Lucia Antunes Rocha: “a Administração Pública não expede regulamentos porque quer ou pode, mas porque deve, tem que, quando a lei o exigir expressa ou implicitamente, bem como quando a efetividade da lei dele dependa”.¹³

No Direito brasileiro, a distinção entre lei e regulamento não se restringe à origem ou à superioridade hierárquica daquela sobre este. A diferença substancial reside no fato de que a lei pode criar normatividade que inove originariamente no ordenamento jurídico, ao passo que o regulamento não o pode alterar, devendo tão somente fixar “as regras orgânicas e processuais destinadas a por em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada”.¹⁴

A competência regulamentar, portanto, está diretamente voltada à condução da máquina administrativa, pressupõe a tomada de decisões, por parte do Executivo, visando concretizar as normas jurídicas, dando-lhes plena executoriedade.

Predomina, assim, a ideia de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto,

¹³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., 1994, p.81.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.314.

isto é, constitui-se em poder limitado, distinto do poder legislativo pelo fato de não poder inovar na ordem jurídica. Este o entendimento de José Afonso da Silva:

O poder regulamentar não é Poder Legislativo e, por conseguinte, não pode criar normatividade que inove a ordenação jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência administrativa onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação da competência, tornando írrito o regulamento dele proveniente.¹⁵

No mesmo sentido, o pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo: “O regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação em geral e as fontes subsidiárias a que ela se reporta”.¹⁶

Outro não é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, para os quais:

Há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição. Explicitando esse entendimento, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello que inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode deduzir conclusivamente da ‘lei regulamentada’, verificando-se inovação proibida toda vez que não seja possível ‘afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada’.¹⁷

Deste modo, verifica-se que, para a doutrina brasileira, a competência regulamentar é um poder-dever conferido ao Poder Executivo para que este complemente o sentido da lei para lhe dar fiel cumprimento, visando dar maior celeridade às decisões administrativas, sendo, todavia, vedado à Administração Pública, quando de seu exercício, inovar na ordem jurídica.

Ressalte-se, também, que os atos normativos podem ser originários ou derivados. Os primeiros são “emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo”. Por sua vez, os atos normativos derivados têm por escopo a “explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da *praxis*”. Os atos normativos originários, por excelência, são aqueles emanados pelo Poder Legislativo,

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **O Prefeito e o Município**. 2. ed. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977, p. 180.

¹⁶ BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha, op. cit., 1969, p.319.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.868.

enquanto o ato normativo derivado é o regulamento. A distinção entre os atos legislativos e os regulamentos consiste na “originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade.”¹⁸

Por outro lado, se a competência regulamentar consiste na atribuição privativa do chefe do Poder Executivo para expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la, ou seja, garantir a sua fiel execução, esta deve ser considerada como uma função típica ou intrínseca do Poder Executivo, já que a expedição de tais atos normativos é imprescindível para o exercício da função executiva, mais precisamente no âmbito da execução das leis. Sobre o assunto, Vanessa Vieira de Mello sustenta que:

[...] a competência regulamentar constitui função típica do Poder Executivo, por inserir-se no poder normativo, inerente ao detentor da chefia de referido poder. [...] a execução das leis constitui matéria inerente ao Poder Executivo, estando o dever de regulamentá-las nele inserto. Por essa razão, não há que se falar em atipicidade da função em comento.¹⁹

Assim sendo, pode-se dizer que a natureza da atividade regulamentar é originária, de caráter constitucional, decorrente do princípio da separação de poderes, já que executar os comandos legais é função precípua do Poder Executivo, e, para isso ser possível, é necessário o desenvolvimento dos atos regulamentares, normas gerais complementares à lei, visando sua correta execução, função esta atribuída constitucionalmente ao Executivo. Por este motivo, ainda que inexistente disposição legal ou constitucional expressa neste sentido, essa atribuição é do Poder Executivo, porque inerente à sua própria função.

Com efeito, nos países que consagram o princípio da separação de poderes, a competência regulamentar, em princípio, insere-se nas funções do Poder Executivo. Incumbe-se ao Poder Legislativo editar as leis e ao Executivo executá-las. Deste modo, o poder regulamentar não decorre de delegação legislativa, não é o Legislativo que o confere ao Poder Executivo, ele resulta da própria conformação Constitucional do Estado, despontando como a função primordial do Poder Executivo no panorama institucional da separação de poderes.

Destarte, o poder de expedir atos administrativos normativos de caráter geral e, normalmente, abstratos, complementares à lei, visando sua correta execução é um dos

¹⁸ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. São Paulo: Forense, 1980, p.14.

¹⁹ MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 50.

instrumentos constitucionalmente atribuídos ao Poder Executivo para assegurar o melhor desempenho da atividade administrativa. Em relação a essa atividade da Administração, deve-se dar preferência ao termo poder normativo em detrimento de poder regulamentar, uma vez que este não esgota toda a competência normativa da Administração Pública, constituindo-se em apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras. Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, atos com efeitos gerais e abstratos.

Visto o que são os regulamentos, incumbe tecer algumas considerações sobre a sua classificação, tendo em vista que o tema é de fundamental importância para a compreensão do poder normativo conferido à Justiça Eleitoral, a ser abordado mais adiante.

3.2.1 Espécies de Regulamentos

Doutrinariamente, admitem-se quatro tipos de regulamentos, a saber: i) regulamento executivo ou de execução; ii) regulamento autônomo; iii) regulamento independente; e iv) regulamento delegado.

3.2.1.1 Regulamento Executivo ou de Execução

Denomina-se regulamento executivo aquele que explicita ou complementa a lei, corresponde à função do chefe do Poder Executivo de dar fiel execução às leis aprovadas pelo Legislativo, conforme dispõe o artigo 84, IV da Constituição Federal de 1988.

Por este motivo, esse tipo de regulamento não pode apresentar disposição contrária à lei (*contra legem*), sob pena de ser invalidado. O seu objetivo é viabilizar a execução da lei, detalhando e explicitando seus comandos, interpretando seus conceitos e dispondo sobre os órgãos e procedimentos necessários para a sua aplicação. Decorre daí que os regulamentos de tal jaez não podem criar direitos e obrigações, sob pena de violar um dos postulados fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro expresso no artigo 5º, II, da Constituição Federal (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei).

Os regulamentos de execução não podem inovar, originariamente, a ordem jurídica, estabelecendo direito, dever, obrigação, limitação ou restrição que não estejam estatuídos e

identificados na lei regulamentada. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, haverá inovação proibida:

[...] quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação referida não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que nela se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.²⁰

Assim sendo, constata-se que esta primeira espécie de regulamento presta-se a precisar o conteúdo dos conceitos que, de modo sintético ou de modo impreciso, foram mencionados pela lei e explicitar o modo de agir da Administração nas relações que, necessariamente, entabulará com os particulares por ocasião da execução da lei regulamentada.

3.2.1.2 Regulamento Autônomo

Os regulamentos autônomos são aqueles que podem inovar a ordem jurídica, estabelecendo normas sobre matérias não disciplinadas em lei, em virtude de competência outorgada diretamente pela Constituição Federal. Neste sentido, o entendimento de Clèmerson Merlin Clève:

São autônomos os regulamentos criados pelo Executivo em virtude de competência outorgada diretamente pelo texto constitucional ou, no caso das antigas monarquias europeias, pelo costume ('princípio monárquico'). O regulamento autônomo importa partilha do poder normativo entre o Executivo e o Legislativo.²¹

Com o advento da Constituição de 1988, houve considerável redução do poder regulamentar no direito brasileiro, não havendo espaço para os regulamentos autônomos. Sobre o assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim se manifestou: “[...] tais regulamentos flagrantemente criam regras jurídicas novas. Estabelecem limitações à liberdade individual, impõem obrigações, que a lei não previu. Assim, por aplicação estrita do princípio da legalidade, deveriam ser rejeitados por inconstitucionais”.²²

Como a Constituição Federal originalmente atribuía ao Chefe do Poder Executivo o poder de editar atos para a fiel execução das leis (art. 84, IV, CF/88), ou seja, de expedir regulamentos de execução, prevalecia o entendimento de que, conquanto pudessem

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e princípio da legalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 96, p.40-52, out./dez. 1990, p.45.

²¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin, op. cit., 2000, p.293.

²² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.160.

teoricamente existir, os regulamentos autônomos não eram admitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Este o posicionamento de Geraldo Ataliba:

Não há regulamento autônomo no Brasil porque só a lei pode obrigar (§ 2º do art. 150 da Carta federal) e porque nossos decretos só existem para assegurar a fiel observância das leis (art. 83, II da Carta federal). O regulamento – no Brasil, sempre veiculado por Decreto – é inteiramente subordinado à lei, tanto positiva, quanto negativamente. Não pode restringi-la, da mesma forma que não lhe é dado ampliá-la. A compreensão de seu regime jurídico, entre nós, decorre da conceituação e dos limites do poder regulamentar.²³

Com efeito, na vigência da Constituição de 1967, admitia-se a existência de regulamentos autônomos em virtude do seu artigo 81, inciso V, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 01/69, conferir ao Presidente da República competência para dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal (“Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] V - dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”. CF/67). Todavia, a Constituição Federal de 1988 dispôs de forma diferente, outorgando ao chefe do Poder Executivo competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei (“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, **na forma da lei**”). (Grifou-se).

Deste modo, havia praticamente um consenso de que, no ordenamento jurídico brasileiro, não havia previsão de existência de regulamento autônomo.

Sem embargo, com o advento da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, o artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal foi alterado, passando o mesmo a outorgar ao Presidente da República 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”. Com esta alteração, ficou restabelecido o regulamento autônomo no ordenamento jurídico brasileiro, já que se trata de competência outorgada diretamente pela Carta Magna.

Por outro lado, a Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, denominada de “Reforma do Judiciário”, instituiu o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, órgãos de controle externo das referidas instituições. Em virtude da

²³ ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, n. 97, p.20-32, jul./set. 1969, p.21.

mencionada Emenda Constitucional, os artigos 103-B, § 4º, inciso I, e 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal passaram a conferir a esses órgãos atribuição para “expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

Como a própria Carta Magna autorizou diretamente esses órgãos a produzir atos regulamentares – as resoluções, estas podem também ser consideradas autônomas e de natureza primária, de modo que, as resoluções dos referidos Conselhos Nacionais situam-se no mesmo patamar das leis dentro do sistema de hierarquia normativa, ou seja, constituem-se em atos normativos com força de lei.²⁴

Assim, considerando as alterações operadas na Constituição Federal pelas Emendas n.º 32/2001 e 45/2004, restabeleceu-se a possibilidade do regulamento autônomo no direito brasileiro, nas hipóteses especificamente mencionadas.

Alguns autores como Hely Lopes Meirelles defendem a existência de outra espécie de decreto autônomo, que seria o ato editado pelo Poder Executivo, decorrente de uma lei, mas estabelecendo dispositivos para regular situações nela não disciplinadas. Segundo o referido autor:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF. art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas legislativas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas

²⁴ Não obstante tenham força de lei, isso não significa dizer que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça - CNJ e do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP não se submetam a limitações materiais, como observam Lênio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève: “Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder “regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em ‘poder de legislar’) advém da própria EC 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para ‘delegar’ a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e CNMP) o poder de “legislar” por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lênio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Os limites constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: <<http://www.clevedadvogados.com.br/arquivos/artigo-conjunto-completo-clemerson-lenio-ingo-2005.doc.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei – não invada as chamadas ‘reservas da lei’, ou seja, aquelas matérias só disciplinadas por lei, e tais são, em princípio as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).²⁵

Neste caso, na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não usurpe competência do Poder Legislativo, tratando de matéria reservada à lei (matéria reservada a legislação complementar e sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos, conforme art. 68, § 2º, CF/88). Este tipo de regulamento se constitui, portanto, em provimento administrativo *praeter legem*.

Este entendimento já foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa na seguinte ementa:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REGULAMENTO AUTÔNOMO. TRIBUNAL DE CONTAS. FISCALIZAÇÃO. CONTROLE. 1 - O ordenamento jurídico brasileiro prestigia o regulamento autônomo, cuja função é a de ‘suprir as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo, preenchendo, assim, o vazio da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da administração’. [...] Recurso em Mandado de Segurança Improvido.²⁶

Assim sendo, pode-se até ser admitida a expedição de regulamento autônomo em face da omissão da lei e das necessidades da Administração Pública na realização do interesse coletivo, do interesse público, o que não pode se perder de vista é que o Executivo, ao expedir regulamento, autônomo ou de execução, não disponha sobre matéria que somente pode ser disciplinadas por lei, e ainda aquelas que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição, que sequer podem ser objeto de proposta de emenda constitucional.

3.2.1.3 Regulamento Independente

Os chamados regulamentos independentes são frequentemente reputados como sinônimos dos regulamentos autônomos, no entanto, os dois não se confundem. A diferença

²⁵ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.111-112.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. ROMS n.º 6.234-DF (1995/0048389-0). Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 06 nov. 1997. **Diário de Justiça**, 04 abr. 1998, p.00021.

consiste no fato de que, no independente, não há previsão constitucional a seu respeito. Como acontece com o regulamento de execução, este é igualmente legitimado por uma lei, mas esta se limita a indicar a autoridade que poderá expedi-lo (competência subjetiva) e a matéria sobre a qual poderá dispor. Todavia, os regulamentos independentes, diferentemente dos regulamentos de execução, “não recebem das leis determinados conteúdos-disciplinas para regulamentar, antes são eles que estabelecem, originariamente e com amplos poderes de conformação material, o regime, a disciplina de certas relações jurídicas”.²⁷

Nos regulamentos independentes, a lei refere-se, exclusivamente, à matéria regulamentável e ao órgão competente para editar os atos normativos, mas não fixa os parâmetros da atividade normativa, de modo que a competência regulamentar do Poder Executivo, neste caso, é consideravelmente mais ampla que a dos regulamentos de execução.

Os regulamentos independentes são encontrados no direito português, mas não são admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a possibilidade do Poder Executivo exercer função normativa sem previsão constitucional e sem qualquer espécie de controle pelo Poder Legislativo viola o princípio constitucional da separação dos poderes, rompendo a independência e harmonia entre os Poderes.

3.2.1.4 Regulamento Delegado ou Autorizado

O regulamento delegado decorre do fenômeno denominado de delegação legislativa, espécie do gênero delegações de funções, que consiste na transferência, por um dos poderes estatais, de uma função que lhe é típica aos demais.

Na delegação legislativa, opera-se uma transferência da função normativa, constitucionalmente inerente ao Poder Legislativo, a outros órgãos, principalmente do Poder Executivo, notadamente por intermédio das leis delegadas e dos regulamentos delegados. Neste caso, a lei se limita a fixar a regra de competência, deixando à discricionariedade do administrador o poder de normatizar determinada matéria.

Portanto, o regulamento delegado, também chamado de regulamento autorizado, é aquele que complementa disposições da lei em razão de expressa determinação, nela contida, para que o Poder Executivo assim o faça. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

²⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de apud CLÉVE, Clémersom Merlin, op. cit., 2000, p.294.

os regulamentos autorizados ou delegados são aqueles emanados pelo Executivo, em razão de habilitação legislativa que lhe é conferida pelo Legislativo, porém nos termos dessa determinação de competência, para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita o seu âmbito a respeito.²⁸

Embora não se trate de matéria pacífica no direito brasileiro, predomina o entendimento de que a delegação legislativa não viola a Constituição. É perfeitamente viável a delegação de funções no Brasil, uma vez que houve a supressão da cláusula da indelegabilidade dos poderes do texto constitucional brasileiro de 1988, como já visto anteriormente (item 1.2.6). O que não se admite é a chamada delegação pura ou “delegação legislativa em branco”, na qual o legislador abdica integralmente de seu poder legiferante em favor de outros órgãos do Estado, notadamente do Poder Executivo, para que estes produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só poderia derivar de fonte parlamentar.

Impende salientar que o regulamento autorizado não se confunde com a lei delegada. Esta se constitui em ato normativo primário, cuja edição deve atender os requisitos formais, notadamente a autorização por meio de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício, e as restrições materiais previstas no art. 68 da Constituição. Já o regulamento autorizado ou delegado é ato administrativo secundário, derivado da lei, ato primário, que o autoriza, por conseguinte, o Poder Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, matérias sujeitas à reserva constitucional de lei.

Clèmerson Merlin Clève, mencionando José Joaquim Gomes Canotilho e Odete Medauar, distingue regulamento delegado e lei delegada a partir da distinção entre delegação legislativa e delegação de funções:

A ‘delegação de funções’ é uma questão organizatória que se efectiva no interesse da própria administração, enquanto a delegação legislativa pressupõe, desde logo, dois centros de poder totalmente distintos – parlamento e governo. A delegação administrativa consiste num ‘ato translativo de dever, isto é, transfere o exercício da competência de um círculo de poder-dever a outro’. Tal não ocorre com a delegação legislativa. Isto porque a Constituição confere ao Presidente da República o poder de editar a lei delegada, desde que esteja autorizado por ato do Congresso (a lei de autorização; a resolução do Congresso Nacional). Logo, na delegação administrativa (ou de funções), segundo Giorgio Colzi ‘o órgão delegado, por força do ato de delegação, adquire o poder jurídico de exercício de uma função, que compõe a competência do órgão delegante, pelo qual o ato de delegação amplia a esfera de competência do órgão delegado, atribuindo-lhe um poder que institucionalmente não lhe pertence’. Já na delegação legislativa, o órgão delegado dispõe da competência

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., 1979, p.178.

normativa que somente pode manifestar-se quando devidamente autorizada pelo parlamento.²⁹

Há entendimento doutrinário no sentido de que a Constituição Federal repele os regulamentos delegados, como é o caso do próprio Clèmerson Clève³⁰, todavia a matéria não é pacífica, e parte da doutrina e da jurisprudência tem admitido o regulamento delegado para a fixação de normas técnicas, desde que a lei que o autoriza estabeleça as condições e os limites da atuação do Poder Executivo, e determine precisamente os contornos da norma a ser elaborada, de modo que esta funcione apenas como complementação técnica necessária das disposições legais.

Essa normatização técnica ocorre quando o próprio Poder Legislativo, em face de matérias de alta complexidade técnica, cuja regulamentação, por isso mesmo, se mostra mais difícil, delega ao órgão administrativo a função específica de realizá-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor possa dispor sobre o assunto. Neste caso, cabe à Administração determinar as condições em que os princípios legais devem ter aplicação, socorrendo-se de regras próprias de outros ramos do conhecimento (biologia, economia, engenharia, estatística, química, medicina, informática etc). O legislador realiza a normatização básica, fundada em critérios políticos e administrativos, transferido apenas a competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei (*standards*).

Desta forma, a característica primordial da regulamentação técnica não consiste simplesmente em complementar a lei por meio de normas de conteúdo organizacional, mas em criar normas técnicas não previstas em lei, acarretando inovação no ordenamento jurídico. Por essa razão, alguns juristas o denominam de poder regulador a fim de distingui-lo do poder regulamentar usual. Esses regulamentos autorizados têm como destinatários, órgãos administrativos de natureza eminentemente técnica, como a Comissão de Valores Mobiliários e as agências reguladoras (Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica, Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ETC)

Assim, percebe-se que o fenômeno da delegação dos poderes deu origem aos regulamentos delegados, que são admitidos no direito brasileiro, tendo em vista a eliminação da cláusula da indelegabilidade de poderes da Constituição Federal, desde que observadas a

²⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin, op. cit., 2000, p.251.

³⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin, op. cit., 2000, p.305.

não abdicação da competência originária do Legislativo e a estipulação de limitações ao conteúdo dos atos normativos transferidos.

3.3 Competência Regulamentar da Justiça Eleitoral

Como já observado, a Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário, tem como função predominante a jurisdicional, consistente em dizer o direito aplicável à espécie nos casos que lhe são submetidos relativos ao processo eleitoral. Esta competência de compor os conflitos de interesses eleitorais engloba o contencioso decorrente do processamento e apuração das eleições, da expedição de diplomas, bem como as arguições de inelegibilidades, o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos que lhe são conexos, além dos processos de *habeas corpus* e mandado de segurança em matéria eleitoral.

Nesta função jurisdicional se insere a prerrogativa de interpretar o ordenamento jurídico-eleitoral, de estabelecer o alcance e o de definir o sentido da vontade normativa proclamada pelo Estado em matéria eleitoral.

Além disso, a exemplo do que ocorre com as demais leis, pode ocorrer da lei eleitoral se apresentar de forma concisa, formulada em termos gerais e abstratos para que possa se estender a todos os casos da mesma espécie, exigindo, por este motivo, a edição de um ato normativo de hierarquia infralegal que a complemente e assegure a sua fiel execução.

Outrossim, já restou demonstrado anteriormente que a Justiça Eleitoral não se limita ao exercício da função jurisdicional em matéria eleitoral, incumbindo-lhe também a função administrativa em relação ao processo eleitoral em todas as suas fases (alistamento eleitoral, convenções partidárias, pedido de registro de candidaturas, propaganda eleitoral, votação, apuração, proclamação dos eleitos e diplomação), chegando-se a afirmar, por esta razão, que a Justiça Eleitoral é o Poder Executivo das Eleições.

No Brasil, as principais leis que regulamentam o processo eleitoral são o Código Eleitoral – Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965, e a chamada Lei das Eleições – Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, além da Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre a atuação dos partidos políticos e regulamenta dispositivos da Constituição Federal sobre direitos políticos.

Essas três leis trazem previsão expressa de possibilidade de regulamentação de suas disposições pelo Tribunal Superior Eleitoral. O Código Eleitoral determina que: “Art. 1º. Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.”, mais adiante acrescenta: “Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: [...] IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.” Da mesma forma, a Lei 9.504/97 giza que: “Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os Delegados dos partidos participantes do pleito”. Por sua vez, a Lei n.º 9.096/95 também prevê a atividade regulamentar da Justiça Eleitoral ao dispor que: “Art. 61. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei”.

Ademais, a Lei n.º 6.091, de 15 de agosto de 1974 que dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais traz semelhante previsão nos seguintes termos: “Art. 27. Sem prejuízo do disposto no inciso XVII do Art. 30 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), o Tribunal Superior Eleitoral, expedirá, dentro de 15 dias da data da publicação desta Lei, as instruções necessárias à sua execução”. Outrossim, a Lei n.º 6.996, de 07 de junho de 1982, que trata da utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais, dispõe que: “Art. 18. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá as instruções que se fizerem necessárias para o cumprimento desta Lei, inclusive divulgando entre os partidos políticos, os Juizes e os Cartórios Eleitorais manuais de procedimentos, detalhando a nova sistemática”.

Assim, percebe-se que no Direito Eleitoral Brasileiro, há a tradição de se conferir ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para expedir instruções com caráter normativo, com o objetivo de viabilizar a aplicação da legislação eleitoral e assegurar a realização das eleições em todos os seus aspectos. Essas instruções são editadas por meio de resoluções. A competência normativa da Justiça Eleitoral, portanto, encontra-se prevista na legislação ordinária, todavia, em relação às eleições de 1988, a própria Constituição Federal, embora em dispositivo temporário, autorizou o Tribunal Superior Eleitoral a editar as normas necessárias à sua realização (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Art. 5º, § 2º - Na ausência de norma legal específica, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral editar as normas necessárias à realização das eleições de 1988, respeitada a legislação vigente).

Como a atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral tem por finalidade expedir as instruções que se fizerem necessárias para o cumprimento das leis eleitorais, observa-se que as resoluções guardam similitude com o chamado regulamento executivo ou de execução, ou seja, exatamente aquele que explicita ou complementa a lei, aquele tradicionalmente conferido ao chefe do Poder Executivo destinado a dar fiel execução às leis aprovadas pelo Legislativo.

Sem embargo, em se tratando de matéria eleitoral, a atividade regulamentar não compete ao Poder Executivo. Segundo entendimento doutrinário predominante, apenas as leis cuja aplicação caiba ao Poder Executivo, e que dependam de ulterior detalhamento, podem ser regulamentadas pelo mesmo. O artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, não estabeleceu quais seriam as leis passíveis de regulamentação, dispondo, apenas, que cabe ao Presidente da República expedir regulamentos para a fiel execução das leis, contudo, a interpretação deste dispositivo conduz a esta conclusão. Este é o entendimento, dentre outros, de Clèmerson Merlin Clève, para quem “o Presidente da República regulamentará exclusivamente as leis que devam ser por ele diretamente aplicadas”³¹ e de Geraldo Ataliba que sustenta que “o sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis”.³²

Considerando que o Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República é tributário de interesses político-partidários, além de quase sempre figurar como parte envolvida na disputa eleitoral, notadamente após a introdução no ordenamento jurídico da reeleição pela Emenda Constitucional n.º 16, de 04 de junho de 1997, não é prudente que a função de regulamentar as leis eleitorais lhe seja atribuída, sendo mais adequado que esta função seja conferida a um órgão equidistante da contenda eleitoral, de modo que o legislador brasileiro andou bem ao destinar à Justiça Eleitoral este mister.

Desta forma, pode-se dizer que, ao conceder a função de regulamentar a legislação à Justiça Eleitoral, o legislador concebeu uma forma de limitação do poder, em consonância com a moderna concepção da teoria da separação dos poderes e com a técnica dos freios e contrapesos (*checks and balances*), sedimentada na compreensão da necessidade de equilíbrio,

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., 2000, p.283.

³² ATALIBA, Geraldo, op. cit., 2001, p.141.

independência e harmonia entre eles, mas admitindo a interferência recíproca, desde vise o controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um.

3.4 A Função Normativa da Justiça Eleitoral

No desempenho de suas atribuições, seja no exercício de sua função jurisdicional, seja na execução de sua função administrativa, cabe à Justiça Eleitoral buscar tornar efetivas e eficazes as disposições constitucionais, fortalecendo o regime democrático, garantindo a soberania popular e o exercício da cidadania. Ao realizar as eleições, a Justiça Eleitoral deve adotar as providências para que, materialmente, o cidadão possa exercer o seu direito de voto, garantindo-lhe o poder de se expressar politicamente de acordo com a sua vontade livre e soberana. Além disso, incumbe-lhe estabelecer um processo eleitoral racional, que apure a verdade das urnas, que conduza aos cargos dirigentes da Nação aqueles que realmente representam a vontade do povo. Da mesma forma, ao julgar os processos que lhe são submetidos, a Justiça Eleitoral deve procurar invalidar todas as práticas que possam comprometer a manifestação da vontade popular, principalmente as práticas que impliquem em abuso de poder econômico ou político, corrupção, fraude e captação ilícita de sufrágio.

Para cumprir as múltiplas e complexas funções que lhe são atribuídas, notadamente, no contexto administrativo, a Justiça Eleitoral utiliza-se do seu poder normativo, traduzido na competência de expedir instruções, por intermédio de atos normativos com efeitos gerais e abstratos sobre matéria eleitoral. Do mesmo modo como o Poder Executivo realiza a regulamentação das leis ordinárias para viabilizar a sua aplicação, o Poder Judiciário Eleitoral, na qualidade de poder executivo das eleições, regulamenta as leis eleitorais, fazendo-o por intermédio de suas resoluções, sejam em forma de instruções, sejam em forma de consultas.

Assim, cabe à Justiça Eleitoral expedir as instruções necessárias a explicitar a legislação eleitoral, conferindo-lhe a necessária eficácia. As resoluções emanadas do Tribunal Superior Eleitoral são atos normativos com as características da impessoalidade, generalidade e abstração, integrando, juntamente com as leis, a legislação eleitoral. Para Olivar Coneglian

“as resoluções da Justiça Eleitoral, elas ocupam a mesma categoria dos decretos regulamentadores de leis ordinárias nascidos do Executivo”.³³

Tratando-se de ato regulamentar, com o objetivo precípuo de complementar a lei eleitoral, explicitando o seu raio de ação, as resoluções apresentam limitações em relação ao seu conteúdo. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello “o regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta”.³⁴

Por este motivo, em face de seu sentido meramente complementar da lei, defendia-se que as resoluções, assim como os regulamentos, não podiam inovar no ordenamento jurídico, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações. Ao se pronunciar sobre o poder regulamentar, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assim se manifestou:

Ademais, sujeita-se a comportas teóricas. Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei. Igualmente, não adia a execução da lei e, menos ainda, a suspende, salvo disposição expressa dela, ante o alcance irrecusável da lei para ele. Afinal, não pode ser emendado senão conforme a lei, em virtude da proeminência desta sobre ele.³⁵

Sem embargo, em face das crescentes exigências da sociedade contemporânea a partir da emergência do Estado Social, houve considerável incremento das funções exercidas pelo poder público, verificando-se duas grandes consequências. Em primeiro lugar, o número de leis aumentou de forma expressiva, a função legislativa teve que atuar como jamais havia feito antes, acarretando uma sobrecarga no Poder Legislativo. Em segundo lugar, para que o Estado pudesse dar as respostas prontas e rápidas para as novas questões exigidas pela sociedade, este passou a agir cada vez mais por meio de outros instrumentos jurídicos que não a lei.

Assim, o regulamento ganhou prestígio como norma reguladora, assegurando-se, atualmente, ao mesmo uma característica de cunho supletivo e criador, desde que sua aplicação não seja incompatível com a lei regulamentada, ou seja, admite-se o regulamento *praeter legem*, não mais limitado somente a explicitar a lei, tornando factível a sua aplicação, mas disciplinando de forma inovadora naqueles pontos em que esta foi omissa.

³³ CONEGLIAN, Olivar, op. cit., 2003, p.70.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., 1979, p.319.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, op. cit., 1979, p.319.

José Augusto Delgado ressalta esse posicionamento dos Administrativistas destacando a lição de Luci Benévolo de Andrade, contida em seu Curso Moderno de Direito Administrativo, Saraiva, 1975, p. 166, que sobre o assunto afirmou:

De início, entendia-se que o poder regulamentar tinha sentido meramente complementar da lei. Hoje, todavia, admite-se uma função muito mais ampla, conferindo-se-lhe um caráter supletivo e criador. É que, apesar da vedação constitucional de delegação de atribuições, as realidades vivenciais são mais poderosas do que os esquemas abstratos. Exata a advertência de Hely Lopes Meirelles de que ‘os juristas devem, hoje, abandonar certos preconceitos, e, conservando-se, embora guardas fiéis da lei, considerar que a Administração Pública desempenha certa atividade legislativa, que é justamente a chamada faculdade regulamentadora’ – observação que tem o abono de eminentes publicistas.³⁶

Desta forma, cabe à Justiça Eleitoral não apenas explicitar aquilo que considere implícito na legislação eleitoral, mas também colmatar as suas lacunas na medida das necessidades de operacionalização do sistema eleitoral delineado pela Constituição e pela lei. O seu poder normativo não deve se limitar a repetir os textos legislativos que deve aplicar, cumprindo-lhe, antes, buscar compatibilizá-los com o sistema eleitoral vigente e com os princípios constitucionais que o informam.

No desempenho de suas funções administrativa e jurisdicional, a Justiça Eleitoral acompanha as mudanças realizadas nas relações dos agentes políticos com o poder e com a sociedade, detectando as carências da legislação eleitoral, de forma que deve lhe ser assegurada a possibilidade de expedir resoluções, com caráter normativo, que imponham a obrigatoriedade de determinadas condutas aos sujeitos ativos e passivos do processo eleitoral, sempre visando garantir a lisura do processo eleitoral, a verdade das urnas, o fortalecimento do regime democrático, a liberdade do voto e a soberania popular. Obviamente, os atos normativos emanados da Justiça Eleitoral não podem contrariar a Constituição e a legislação eleitoral.

³⁶ DELGADO, José Augusto, op. cit., 1995, p.115.

4 FORMAS DE EXPRESSÃO DA FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

A Justiça Eleitoral brasileira detém competência administrativa, jurisdicional e normativa. Esta última pode ser de ordem funcional, quando o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais elaboram seus regimentos internos, como o fazem os demais tribunais brasileiros, ou de ordem eleitoral, quando o Tribunal Superior Eleitoral expede instruções normativas eleitorais para regulamentar o Código Eleitoral ou outra lei eleitoral ou quando responde às consultas que lhe são formuladas por autoridades públicas ou órgão nacional de partido político sobre determinada norma eleitoral em vigor.

Ao exercer a sua competência normativa eleitoral, seja expedindo instruções normativas, seja respondendo as consultas que lhe são endereçadas, a Justiça Eleitoral o faz mediante a edição de resoluções eleitorais.

4.1 As Resoluções Eleitorais

As resoluções eleitorais constituem o instrumento utilizado pelo Tribunal Superior Eleitoral para veicular os atos que resultam de suas decisões contenciosas-administrativas ou de caráter normativo, ou seja, seus atos normativos com força regulamentar ou as consultas respondidas pela Corte sobre matéria eleitoral. Torquato Jardim define as resoluções eleitorais como:

o instrumento através do qual o Tribunal Superior Eleitoral expede as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou julga os litígios e controvérsias de natureza judicial (Código Eleitoral, arts. 23, IX e 22).

As resoluções são decisões, administrativas ou judiciais, que têm por função dar eficácia legal e social às normas constitucionais e legais eleitorais, (i) explicando os seus fins e traduzindo em linguagem acessível ao eleitorado, aos candidatos e aos partidos políticos, os requisitos e os procedimentos adequados ao exercício da cidadania, ou (ii) pondo termo ao processo judicial.¹

¹ JARDIM, Torquato. O processo e a Justiça Eleitoral – Introdução ao sistema eleitoral brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 30, n.º 19, p.30-42, jul./set. 1993, p.33.

Outro não é o entendimento de Suzana de Camargo Gomes, para quem a resolução do Tribunal Superior Eleitoral “é o instrumento utilizado para a aprovação dos seus atos normativos com força regulamentar”.² Com efeito, o artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965) prescreve que compete privativamente ao Tribunal Superior Eleitoral expedir as instruções que julgar convenientes à sua execução. Outrossim, a Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, conhecida como Lei das Eleições, estabelece em seu artigo 105 que, até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à sua execução, ouvidos previamente, em audiência pública, os Delegados dos partidos participantes do pleito, enquanto o artigo 61 da Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, denominada de Lei Orgânica dos Partidos Políticos, giza que o Tribunal Superior Eleitoral expedirá as instruções necessárias à sua fiel execução. Qualquer que seja a lei de cunho eleitoral regulamentada, as instruções do Tribunal Superior Eleitoral são editadas por intermédio de resoluções.

As resoluções são utilizadas igualmente para veicular as respostas, sobre matéria eleitoral, às consultas formuladas, em tese, pelos Tribunais Regionais, por autoridade pública com jurisdição federal ou partido político regulamente registrado, consoante previsão contida no artigo 23, inciso XII do Código Eleitoral, instituto que será analisado com maior agudeza mais adiante.

Algumas resoluções veiculam instruções específicas para uma determinada eleição, tendo, portanto, vigência temporária. Esse tipo de resolução é manejado, precipuamente, quando o Tribunal Superior Eleitoral age com fundamento no artigo 105 da Lei n.º 9.504/97, expedindo as instruções necessárias à execução da Lei das Eleições naquele pleito, especificamente. Outras resoluções contêm instruções sem esse caráter de temporariedade, devendo ser aplicadas permanentemente até que venham a ser revogadas por outra resolução ou por lei.

4.1.1 A natureza jurídica das resoluções

As instruções do Tribunal Superior Eleitoral, quando editadas sob a forma de resoluções, têm força de lei e, por conseguinte, permitem a interposição de recurso ou mandado de segurança quando violadas.

² GOMES, Suzana de Camargo, op. cit., 1998, p.82.

Segundo Olivar Coneglian, “se houver necessidade de se conceituar ou definir as resoluções da Justiça Eleitoral, elas ocupam a mesma categoria dos decretos regulamentadores de leis ordinárias nascidos do executivo”.³

Assim, da mesma forma que o Presidente da República, na qualidade de chefe do Poder Executivo, exerce a função de regulamentar as leis por meio da expedição de decretos e regulamentos para a sua fiel execução (artigo 84, inciso IV da Constituição Federal), o Tribunal Superior Eleitoral materializa o seu poder regulamentar pela expedição de instruções, veiculadas por resoluções, para a fiel execução do Código Eleitoral e das leis eleitorais.

Para Clèmerson Merlin Clève, as instruções da Justiça Eleitoral são atos normativos de caráter genérico em assunto eleitoral, complementares daqueles definidos em lei, contudo, não passam de particular manifestação do poder normativo exercido pela Administração, decorrente da descentralização da função legislativa, que se efetiva quando o Judiciário, por força de autorização do parlamento ou de previsão constitucional, elabora normas jurídicas.⁴ Ao discorrer sobre a competência da Justiça Eleitoral, Tito Costa observa que:

Além de suas atribuições judicantes, a Justiça Eleitoral, por meio do Tribunal Superior Eleitoral, possui competência normativa ou regulamentar e, até mesmo, de certa forma, legislativa, resultante esta, da competência privativa desse órgão para expedir instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou tomar quaisquer providências para a execução da legislação eleitoral, bem como estabelecer a divisão eleitoral do País. Também, ao responder às consultas que lhe sejam dirigidas, sobre matéria eleitoral, em tese, a Justiça Eleitoral está exercendo atividade normativa e regulamentar, completada pela competência, que lhe advém da lei, para elaborar o seu próprio Regimento Interno.

[...]

Por outro lado, o TSE costuma expedir, sob o título genérico de Instruções (sobre alistamento, eleições, propaganda eleitoral, apurações, etc.), regras que apresentam, em geral, nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo até alterando texto de leis. Suas Resoluções costumam ter força de lei geral e a ofensa à sua letra expressa motiva recurso especial.⁵

Desta forma, pode-se concluir que as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que veiculam instruções necessárias à execução das leis eleitorais têm natureza jurídica similar aos decretos regulamentares expedidos pelo chefe do Poder Executivo, ou seja, se constituem em atos normativos dotados de força de lei, todavia não se caracterizam como lei em sentido formal, uma vez que não promanam do processo legislativo previsto na Constituição Federal.

³ CONEGLIAN, Olivar, op. cit., 2003, p.70.

⁴ CLÉVE, Clèmerson Merlin, op. cit., 2000, p.84-86.

⁵ COSTA, Antônio Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.33-34.

Questão mais delicada, no entanto, diz respeito à amplitude do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sobre a possibilidade de seus atos normativos inovarem o ordenamento jurídico, ou seja, criarem direitos e obrigações não previstos na lei regulamentada.

Sobre a matéria da amplitude do poder regulamentar da Administração já foram realizadas profundas discussões doutrinárias. Já na época do Estado Liberal, os juristas franceses e alemães divergiam em suas opiniões sobre o significado da submissão da Administração à lei, tendo Gustavo Zagrebelsky afirmado o seguinte:

No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, predeterminada por la ley o, simplemente, delimitada por ella. En el primer caso, prevalente en el monismo parlamentario francés donde sólo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples autoridades derivadas, la ausencia de leyes — leyes que atribuyesen potestades a la administración — significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania y en las constituciones dualistas de la Restauración, la ausencia de leyes — leyes que delimitasen las potestades de la Administración — comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines.⁶

Para solucionar o problema da insuficiência do direito legislado, os Estados Unidos da América passaram a utilizar a técnica da autorização legislativa em relação a setores regulados, consistente em conferir, mediante autorização do parlamento, competências normativas para complementar e particularizar as leis, limitando-se estas a definir parâmetros genéricos para a atuação do Executivo, denominados *standards*.

Já na França, a própria Constituição trouxe a previsão da competência do Poder Executivo editar regulamentos autônomos ou independentes para disciplinar determinadas matérias previamente indicadas, sem a participação ou com participação limitada do Poder Legislativo. Neste sistema, as competências normativas de cada Poder são taxativas, de modo que a disciplina de matérias não atribuídas ao domínio da lei pela Constituição é integralmente confiada ao Presidente da República, que deverá fazê-lo por intermédio de regulamentos autônomos, vedando-se qualquer ingerência do Poder Legislativo quanto aos regulamentos assim editados, pois qualquer invasão de competência pode ser declarada inconstitucional pelo Conselho Constitucional.

A possibilidade do regulamento entabular inovação no ordenamento jurídico é inerente à própria ideia de produção normativa, já que o regulamento, aí incluídos os decretos presidenciais e as instruções da Justiça Eleitoral, são considerados espécies do gênero norma

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., 1999, p.27.

jurídica, e negar-lhes a possibilidade de apresentar qualquer inovação implicaria em tornar o poder regulamentar inócuo, um instituto sem utilidade. A finalidade do regulamento é assegurar a perfeita e integral aplicação da norma produzida pelo Poder Legislativo e, em determinados casos, o acréscimo ao conteúdo normativo original é imprescindível.

Obviamente, havendo conflito entre as disposições do regulamento e a lei regulamentada, esta última deve prevalecer, isto é, na hipótese da norma regulamentar apresentar determinação *contra legem*, a mesma deve ser considerada inválida.

A dimensão da faculdade da norma regulamentar inovar o ordenamento jurídico relaciona-se diretamente com a amplitude com que a lei tenha disciplinado determinada matéria. Caso a lei tenha realizado uma disciplina ampla e exaustiva, em que, praticamente, todos os pressupostos de incidência e todas as hipóteses do comando normativo tenham sido previamente determinados, de modo abstrato, a competência regulamentar será diminuta. Por outro lado, se a lei disciplinar certa matéria de forma concisa, haverá maior autonomia para a atuação do detentor da competência disciplinar para identificar os pressupostos ou determinar os comandos normativos para o caso concreto.

A competência regulamentar, seja da Administração propriamente dita, seja do Tribunal Superior Eleitoral no exercício de sua função administrativa, confere ao órgão que a detém a possibilidade de decidir dentro de uma margem de atuação como corolário de indeterminações, vagezas ou outro tipo de imperfeição da regulação jurídica realizada pela lei. A Administração tem certa discricionariedade para a adoção e desenvolvimento de uma determinada política de atuação, possibilitando-lhe a escolha de alternativas dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico.

Há certa resistência doutrinária a essa espécie de regulamento, todavia não há possibilidade de se governar uma sociedade complexa como a atual, e em processo de mutação constante e cada vez mais célere, sem uma administração que disponha de um cabedal de poderes, dentre os quais a competência de expedir atos normativos com possibilidade de inovar a ordem jurídica, que assegure a manutenção de suas hipóteses básicas comuns.

Da mesma forma, reputa-se imprescindível a competência normativa para a atuação da Justiça Eleitoral no controle do processo eleitoral e no desempenho de sua missão institucional de assegurar a verdade das urnas. Ao longo do tempo, o processo eleitoral vem

apresentando cada vez mais complexidade. As convenções partidárias, o registro das candidaturas, a votação, a apuração, a proclamação dos eleitos e a diplomação apresentam desdobramentos imprevisíveis a cada eleição. Além disso, o permanente controle do cadastro de eleitores feito pela Justiça Eleitoral, bem como o desempenho das atividades partidárias, desde a fundação dos partidos, com o seu registro no Tribunal Superior Eleitoral, os atos de escolha dos dirigentes partidários, até a sua extinção demandam a expedição de atos normativos com a máxima brevidade possível, que muitas vezes não pode ser atendida pelo burocrático e demorado caminho do processo legislativo.

4.1.2 As resoluções e o processo legislativo brasileiro

Como já visto, a Constituição brasileira não adotou um conceito material de lei, podendo esta ser definida como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo). Segundo este entendimento, os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo são equiparados, desde que previstos no rol do artigo 59 da Constituição Federal de 1988.

Assim, com exceção apenas da emenda constitucional, que uma vez promulgada passa a integrar a Constituição como norma supralegal, as demais espécies normativas relacionadas no artigo 59 da Lei Fundamental - leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções - são consideradas lei em sentido amplo, já que emanadas de órgãos dotados de competência legislativa constitucional e podem, originariamente, inovar o ordenamento jurídico, instituindo direitos e criando obrigações.

Por conseguinte, atos legislativos são aqueles contemplados no artigo 59 da Constituição Federal, excluindo-se apenas a emenda constitucional, uma vez que a Carta Magna elegeu o critério formal como apto para que se possa compreender o significado da lei no direito brasileiro.

Deve-se observar que dentre as espécies normativas primárias indicadas no artigo 59 da Constituição Federal, somente as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas constituem lei em sentido formal, ou seja, decorrem do processo legislativo previsto na Carta Magna. Sem embargo, todas devem ser consideradas como atos legislativos (atos normativos primários), a distinção é que determinadas matérias indicadas pela própria norma constitucional e que constituem a chamada “reserva de lei” somente podem ser tratadas por

intermédio de lei formal. Em relação a tais matérias, consideradas de maior relevo pelo Constituinte, o ato legislativo somente deve ser produzido por lei formal, decorrente do processo legislativo que exige a conjunção de vontades emanadas de dois poderes, do Poder Legislativo, detentor da função legislativa ordinária e do Poder Executivo, por intermédio do mandatário eleito, por ocasião da sanção ou veto.

Impende esclarecer que o poder normativo desenvolvido pelo Estado e as normas jurídicas dele decorrentes podem ser classificados em três níveis distintos: o constituinte, o legislativo e o regulamentar.

No patamar constituinte, situam-se as normas decorrentes do poder constituinte, que integram a Constituição, formando-a originalmente ou reformando-a derivadamente. Estas normas encontram-se no mais alto nível hierárquico do ordenamento jurídico, sendo consideradas supremas ou primordiais, por serem as primeiras na ordem jurídica em que são produzidas, impondo-se sobre as demais normas nela produzidas. Estas normas incluem a própria Constituição, as emendas constitucionais e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, que equivalem a emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, Constituição Federal).

No plano legislativo, são produzidas as normas imediatamente infraconstitucionais: as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções de caráter legislativo, todas decorrentes do processo legislativo previsto no artigo 59 da Carta Magna, todas consideradas lei em sentido amplo, já que produzidas conforme o processo legislativo estabelecido diretamente na Constituição.

Já no nível regulamentar, dimanam as normas regulamentares, os chamados regulamentos: decretos, portarias, resoluções de caráter administrativo, regimentos, etc. São espécies normativas secundárias, porquanto subordinadas às normas primárias que lhe dão fundamento e, assim como estas, também sujeitas às normas constitucionais, ou seja, constituem normas infraconstitucionais e infralegais, subordinadas às normas primárias que se posicionam entre elas e a Constituição.

Assim sendo, todas as espécies normativas produzidas no nível legislativo podem ser consideradas leis em sentido amplo, ao passo que são considerados regulamentos todas as

espécies normativas produzidas no plano regulamentar. As normas legislativas se subordinam diretamente às normas constitucionais e, por sua vez, vinculam as normas regulamentares.

As Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que veiculam instruções para a fiel execução das leis eleitorais não podem ser consideradas lei em sentido formal, porquanto não decorrem do processo legislativo previsto na Constituição Federal. No entanto, são consideradas atos administrativos normativos, isto é, podem ser tidas como lei sob o aspecto material.

Impende esclarecer que as resoluções mencionadas no inciso VII do artigo 59 da Constituição Federal não se tratam das resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas das resoluções legislativas, atos destinados a regular matéria de competência do Congresso Nacional e de suas Casas, tanto de efeito interno quanto externo. As resoluções emitidas pela Câmara dos Deputados referentes às competências estabelecidas no artigo 51 da Carta Magna e as do Senado Federal alusivas ao artigo 52 são consideradas de efeito externo. Por outro lado, são consideradas resoluções legislativas de efeito interno apenas aquelas relativas a atividades-meio do Poder Legislativo.⁷

Como já visto, dentre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito figuram o da legalidade e o da separação de poderes. A ideia da separação de poderes, segundo a qual cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos, foi concebida originariamente para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum nos Estados absolutistas. Este mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a criação do sistema de freios e contrapesos, no qual estes três poderes exercidos por meio de órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar reciprocamente. A implementação adequada e equilibrada destes mecanismos de controle mútuo permite que os três poderes sejam independentes não existindo a supremacia de um em relação ao outro.

Não obstante o Estado de Direito tenha pretendido vincular a produção das leis à vontade geral, expressa pelos representantes do povo no parlamento, nem mesmo no contexto do surgimento do Estado Liberal, quando se tinha a ideia de que o Poder Legislativo deveria deter o monopólio da produção normativa, os demais poderes, notadamente, o Poder

⁷ CORSATO, Olavo Nery. Sistema legislativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 152, p.30-45, out./dez. 2001, p.44.

Executivo ficou impedido de exercer o poder regulamentar. Com o decorrer do tempo, surgiu e tornou-se mais acentuado o fenômeno da descentralização legislativa, que consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por certos órgãos que não o Poder Legislativo.⁸

Desta forma, ao expedir instruções para a fiel execução das leis eleitorais, o Tribunal Superior Eleitoral está exercendo sua função normativa, derivada da descentralização legislativa por delegação expressa do Poder Legislativo. Essa função normativa da Justiça Eleitoral se distingue da conferida ao chefe do Poder Executivo, no tocante à origem da delegação. No caso do poder regulamentar do Presidente da República, a delegação legislativa é conferida pela própria Constituição Federal (art. 84, inciso IV), ou seja, autorizada pelo poder constituinte originário, ao passo que a delegação conferida ao Tribunal Superior Eleitoral decorre do Poder Legislativo, por intermédio da lei eleitoral, precipuamente, o artigo 1º, parágrafo único e artigo 23, inciso IX, ambos do Código Eleitoral e artigo 105 da Lei n.º 9.504/97.

Ressalte-se ainda que a competência normativa da Justiça Eleitoral pode ser considerada como implícita na Constituição Federal, recorrendo-se para tanto à “Teoria dos Poderes Implícitos”, explicitada pelo *Chief Justice John Marshall* no célebre caso *MCCulloch versus Maryland*. Este precedente clássico da Suprema Corte Norte-americana cuidava da interpretação da cláusula constitucional sobre a competência do Congresso Nacional “para fazer todas as leis necessárias e próprias à execução dos poderes antes enumerados, e todos os outros poderes investidos por esta Constituição no Governo [...] ou qualquer de seus Departamentos ou Funcionários” (art. I, seção 8, alínea 18, da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte). A Corte entendeu que da competência expressa para legislar sobre moeda, crédito, comércio e tributos decorria a competência necessária e própria para criar um banco nacional.⁹

Ainda segundo referida teoria, se o fim for legítimo e compreendido no escopo da Constituição; se os meios forem apropriados e plenamente conformes àquele fim, e não forem proibidos, mas, ao contrário, consistentes com a letra e o espírito da Constituição, então aqueles meios são constitucionais.

⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin, op. cit., 2000, p.82.

⁹ MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro. **Revista Jurídica** 9 Julho, São Paulo, Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, n. 2, p.240-252, 2008, p.242.

Ora, a Justiça Eleitoral tem como finalidade garantir a soberania da vontade popular e a lisura dos pleitos eleitorais, por meio do controle do processo eleitoral, pela administração e fiscalização do cadastro eleitoral e da garantia da aquisição e do exercício dos direitos políticos, de votar e ser votado, plenamente conforme e consistente com a letra e o espírito da Constituição Federal, que consagra a soberania popular, o sufrágio universal e a democracia.

Por sua vez, o Código Eleitoral contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado, estabelecendo que o Tribunal Superior Eleitoral poderá expedir instruções para sua fiel execução e tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral (Lei 4.737/65, art. 1º, parágrafo e art. 23, incisos IX e XVIII).

Como a Constituição da República recepcionou o Código Eleitoral como lei complementar de âmbito federal no que for pertinente a organização e competência da Justiça Eleitoral, por força do disposto no seu artigo 121 (“Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”) e tal diploma legal outorga à Justiça Eleitoral competência para editar atos normativos em matéria eleitoral, complementando as disposições estabelecidas em lei, pode-se concluir que a competência normativa da Justiça Eleitoral é plenamente compatível com a Carta Magna.

Deste modo, tem-se como fartamente evidenciada a função normativa da Justiça Eleitoral, a qual embora não prevista expressamente na Constituição Federal, mostra-se perfeitamente compatível com a mesma.

4.2 Instruções Normativas Eleitorais

As instruções normativas eleitorais expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral para fiel execução da lei eleitoral decorrem da sua função regulamentar e se constituem em atos normativos secundários derivados de sua atividade administrativa no processo eleitoral. Essas espécies normativas podem ser classificadas como regulamentos de execução, definido como o ato normativo administrativo que contém normas gerais, impessoais e abstratas, que têm por escopo explicitar a norma legal que regulamenta e os meios necessários para a sua execução.

As instruções normativas, portanto, se constituem no meio pelo qual o Tribunal Superior Eleitoral exerce a sua função regulamentar de explicitar e tornar efetiva a legislação eleitoral.

4.3 As Consultas Eleitorais

Uma característica peculiar da Justiça Eleitoral que a distingue dos demais órgãos do Poder Judiciário diz respeito a sua função consultiva, ou seja, a competência do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais de responder a consultas sobre matéria eleitoral.

Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais detêm competência para responder a consultas sobre matéria eleitoral, desde que versem sobre problemas em tese, vedando-se indagações sobre fatos concretos. Esta competência encontra-se consagrada nos artigos 23, inciso XII, e 30, inciso VIII, ambos do Código Eleitoral, nos seguintes termos:

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

[...]

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

Em relação ao Tribunal Superior Eleitoral, além das autoridades relacionadas no artigo retro mencionado do Código Eleitoral, podem ainda lhe formular consultas sobre matéria eleitoral os Tribunais Regionais Eleitorais, conforme previsão contida no Regimento Interno daquela Corte (Resolução 4.510, de 29 de setembro de 1952, artigo 8º, alínea “j”).

Assim, as consultas ao Tribunal Superior Eleitoral podem ser feitas por autoridade com jurisdição federal, pelos diretórios nacionais dos partidos políticos e seus delegados credenciados perante aquela Corte e pelos Tribunais Regionais Eleitorais. Por sua vez, os Tribunais Regionais Eleitorais têm competência para responder às consultas formuladas por autoridade pública, pelos diretórios estaduais e municipais dos partidos políticos e seus respectivos delegados. Sobre a definição da consulta, Torquato Jardim assim se manifestou:

Consultar em tese é descrever situação, estado ou circunstância genérica o bastante para a) tal qual a norma jurídica, admitir-se provável na repetição sucessiva e despersonalizada, e b) revelar-se dúvida razoável e genuína, em face da lacuna ou obscuridade legislativa ou jurisprudencial, porém, jamais, antecipação de julgamento judicial ou supressão de instância.¹⁰

A singularidade desta função consultiva consiste no fato de ser atribuída a órgãos do Poder Judiciário, aos quais, ordinariamente, compete o exercício da função jurisdicional, que

¹⁰ JARDIM, Torquato, op. cit., 1998, p.183.

consiste em dirimir as controvérsias que surgem quando da aplicação das leis. O que caracteriza a jurisdição é a aplicação do direito ao caso concreto, por meio do processo. Sobre a Jurisdição, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco esclarecem que:

A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comente. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimidade através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).¹¹

Via de regra, o Poder Judiciário não é terreno adequado para discussão de suposições e conjecturas, todavia, para Torquato Jardim, “a celeridade do processo eleitoral, a necessidade de reduzirem-se os conflitos e os litígios e a conveniência de previsibilidade legal justificam o processo de consulta”, ou seja, a antecipação do entendimento dos Tribunais Eleitorais sobre determinadas matérias de cunho eleitoral, por intermédio das respostas às consultas que lhes são formuladas, evitaria a formação de vários processos alusivos a situações análogas àquela objeto da consulta, permitindo-lhes maior disponibilidade para atuar nos feitos que efetivamente lhes forem submetidos.¹²

Impende salientar que o Tribunal Superior Eleitoral não conhece de consultas formuladas no período do processo eleitoral, nem as que se refiram a casos concretos, exatamente para se evitar possível antecipação de julgamento judicial ou supressão de instância.

Por derradeiro, deve-se destacar que algumas consultas respondidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, são transformadas em instruções normativas, assumindo o caráter de norma geral e abstrata, a ser observada pelos demais órgãos do poder judiciário eleitoral e pelos jurisdicionados.

4.3.1 Natureza e efeitos das consultas respondidas pela Justiça Eleitoral

Não obstante dimanem de órgão jurisdicional, as consultas têm natureza administrativa. As atividades administrativas se traduzem em manifestações de qualquer dos Poderes do

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., 1997, p.129.

¹² JARDIM, Torquato, op. cit., 1998, p.183.

Estado, tendo por escopo realizar objetivos que lhes são próprios, de acordo com os seus fins. Neste sentido, Maria Silvia Zanella Di Pietro conceitua ato administrativo nos seguintes termos:

[...] não existe um critério muito uniforme para definir o ato administrativo. Dependendo do ponto de vista que se adote, nós podemos definir o ato administrativo como todos os atos praticados pela Administração Pública; ou, adotando um conceito mais restrito, nós vamos excluir do conceito uma série de atos que a Administração pratica. Eu opto por um conceito restrito e, por isso, que não têm natureza de ato administrativo, propriamente dito, os atos de direito privado, praticados pela Administração Pública, porque eles não estão sujeitos ao regime jurídico tipicamente administrativo. Eles se submetem ao direito privado e apenas parcialmente ao direito público. Também não considero como atos administrativos, os atos de conhecimento, atos que são meramente enunciativos, como os atestados, as certidões, os votos, porque são atos que, sozinhos, não produzem efeito jurídico. Eu acho que a produção de efeito jurídico é essencial para o conceito de ato administrativo, assim como acontece no direito privado. Excluo, também, os atos políticos do conceito de ato administrativo, pelo fato de que os atos políticos estão submetidos a um regime constitucional. Excluo os contratos do conceito de ato administrativo e isto é bem diferente do que acontece no direito privado, porque no direito privado nós vemos que os atos, hoje chamados de negócios jurídicos, são unilaterais ou bilaterais; o contrato seria modalidade de ato jurídico. No âmbito do direito administrativo, falar em ato administrativo é falar em ato unilateral, porque o ato administrativo tem alguns atributos que não aparecem no contrato, especialmente os atributos da imperatividade e da auto executoriedade, que não existem no contrato administrativo. Não podemos dizer que o contrato seja modalidade de ato se ele tem características diferentes. Excluo, também, do conceito de ato administrativo, os atos normativos da Administração Pública, como os regulamentos, as resoluções, as portarias. Eu diria que o ato administrativo é hierarquicamente subordinado aos atos normativos, mas, ele tem um regime jurídico próprio. Por exemplo, quanto à impugnação, nós não podemos recorrer de um ato normativo como podemos recorrer de um ato administrativo. Não podemos ir a juízo para impugnar um ato normativo, a não ser por via de ADIN. Os atos administrativos podem ser impugnados individualmente, por qualquer cidadão. Num conceito assim bem restrito, eu diria que o ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, sob regime jurídico de direito público, sujeita à lei e ao controle pelo Poder Judiciário. Note-se que eu não conceituo como ato da Administração e sim como ato do Estado, porque os três Poderes podem praticar atos administrativos, dentro da ideia de que cada qual exerce predominantemente uma função, mas exerce acessoriamente as funções dos demais. Nós temos que reconhecer que todos os Poderes, praticam atos administrativos; daí eu falar que o ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem o represente, porque qualquer particular que esteja agindo no exercício de uma função administrativa, a qualquer título, pratica atos administrativos.¹³

Deste modo, as atividades administrativas referem-se à prática de atos para cumprimento da finalidade própria do órgão, não apresentando característica de atos contenciosos, os quais geram oportunidades de discussão e contestação, judicialmente, em virtude de sua natureza jurídica litigiosa.

¹³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Pressupostos do ato administrativo: vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis do processo administrativo. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, I – Tribunal de Contas dos Municípios de São Paulo – TCMSP. Processo Administrativo, 2003, Doutrina, p.01.

Para alguns juristas, por não envolverem julgamento de litígio eleitoral, mas simples esclarecimento de dúvida suscitada pelo consulente, as respostas às consultas formuladas à Justiça Eleitoral expressam, apenas, a opinião da maioria da composição da Corte sobre determinada questão, em um momento determinado, delas não resultando nenhum comando significativo.

De acordo com este entendimento, a resposta dada a uma consulta não envolve, propriamente, decisão, mas a exteriorização do entendimento, em tese, dos Tribunais, sobre matéria eleitoral, provocada pelo interessado. Tal resposta não envolve julgamento de lide eleitoral, mas simples esclarecimento de dúvida suscitada pelo consulente, extra-processo, por meio de mera indagação subscrita, embora processualmente autuada. Não se trata de decisão sobre um direito contestado, mas de mera resposta, expressando a opinião do Tribunal consultado, e que, naturalmente, não exclui reconsideração. Por conseguinte, a resposta da consulta não constitui coisa julgada, permitindo, ao contrário, renovação do questionamento.

Ainda seguindo esta linha doutrinária, as respostas às consultas não têm efeito vinculante. Não subordinam as decisões dos órgãos hierarquicamente inferiores da Justiça Eleitoral nem dos próprios Tribunais que as responderam, os quais podem, diante de casos concretos, posicionar-se diferentemente em casos semelhantes aos que foram examinados no âmbito de determinada consulta. Assim, o efeito da resposta a uma consulta, por órgão da Justiça Eleitoral, portanto, é o de mero argumento de autoridade, utilizado somente para orientar o entendimento sobre determinada questão eleitoral. Sobre o assunto, Fávila Ribeiro se posicionou nos seguintes termos:

Comporta ainda mencionar a competência da Justiça Eleitoral para responder a consultas sobre matéria eleitoral que sejam formuladas em caráter hipotético, isto é, sem contemplar situações concretas, emanadas de autoridades públicas ou partidos políticos. Essa disponibilidade funcional é sobremodo singular por se apresentar conectada a um ramo do Poder Judiciário, devendo ser compreendida por seu alcance pedagógico, permitindo que possam ser dissipadas dúvidas sobre matéria eleitoral, não gerando, porém, em razão da sua própria forma de produção, qualquer implicação de natureza subjetiva, e por isso mesmo dela não poderá advir situação de sucumbência, nem caracterização de coisa julgada, visto inexistir situação de litigiosidade, com partes distribuídas em antagônicas posições, não podendo, pois, resultar do posicionamento expendido qualquer resultado passível de execução.¹⁴

Já para outros doutrinadores, a atribuição para responder as consultas sobre matéria eleitoral, integra, juntamente com a função de expedir instruções para a fiel execução da lei eleitoral, a competência normativa da Justiça Eleitoral.

¹⁴ RIBEIRO, Fávila, op. cit., 1996, p.138.

Neste sentido o entendimento de Roberto Rosas, para quem, as respostas às consultas formuladas à Justiça Eleitoral ostentam normatividade, fazendo coisa julgada material e vinculando juízes e tribunais eleitorais de hierarquia inferior.

As consultas formuladas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político constituem questão interessante quanto aos efeitos oriundos dessas decisões. Respondida a consulta, quais os efeitos dessa resposta?

O Estado, ao ultimar a prestação jurisdicional, às vezes não mais admite recurso das decisões proferidas pelo órgão jurisdicional. A sentença transita em julgado, tornando-se imutável. Faz a coisa julgada formal, tornando-se a sentença imutável por quaisquer recursos; portanto, inalteráveis seus efeitos. Transformam-se a res in iudicium deducta em res iudicata. A relação de direito material decidida está impedida de reexame no mesmo processo ou em outro, pelo mesmo Juiz ou outro Juiz ou Tribunal. Há, por esta parte, a chamada coisa julgada material. As decisões do Tribunal Superior Eleitoral são irrecorríveis, salvo as contrárias à Constituição, as denegatórias de habeas corpus e mandado de segurança (Constituição Federal, art. 121, § 3º). Portanto, existe a coisa julgada material nessas decisões. A execução deve ser feita imediatamente. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar a respeito (Recurso Eleitoral n. 373, Relator: Ministro Evandro Lins, RTJ, vol. 34/346; Recurso Eleitoral n. 366). Identicamente, a Corte Suprema fixou que a norma constitucional é de interpretação estrita, em face da autonomia conferida a uma jurisdição política de competência especialíssima (Recurso Extraordinário n. 55.282, RTJ, v. 40-159).

Não poderia ser de outra maneira. A letra do Código Eleitoral não é uma vana verba, sem expressão. Hoje um pronunciamento da Corte, amanhã diferente. Não teria sentido a resposta afirmativa à consulta posteriormente alterada pelo próprio Tribunal, quando se apresentam as questões de forma idêntica. As decisões da Justiça Eleitoral, mormente as consubstanciadas nas consultas têm força normativa. Outro não foi o sentido da decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, no dia 7.11.1968, ao interpretar o art. 147 quanto à inelegibilidade de parente de Governador.

Esse caráter normativo está para a Justiça Eleitoral, como a Súmula do Supremo Tribunal Federal está para as decisões destes. É inconcebível que o Supremo Tribunal Federal, num caso concreto, venha a decidir de modo contrário ao disposto na Súmula. O Direito não vive de abstrações, no dizer de Holmes.

A normatividade nas decisões da Justiça Eleitoral apresenta-se sobranceira. Não há como negar a existência do caráter político nessas decisões. Por isso, a flexibilidade nessas suas conclusões, de modo diverso dos julgados em outras jurisdições.

Não pode ser de outra maneira que a Justiça Eleitoral imponha suas decisões. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu várias vezes, como enunciamos anteriormente. No concernente às consultas respondidas pelo Tribunal Superior Eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral, de fato, vinculam os juízes a quo. Há a normatividade nessas respostas. A Justiça Eleitoral deve impor suas decisões. Há que se notar a invocação de Pascal: 'Justiça aquém, injustiça além'.¹⁵

Por seu turno, Tito Costa reconhece que ao responder às consultas que lhe são dirigidas, sobre matéria eleitoral, em tese, a Justiça Eleitoral está exercendo atividade normativa e regulamentar, completada pela competência que lhe advém da lei, para elaborar o seu próprio Regimento Interno. Contudo, fazendo menção ao voto do Ministro Néri da Silveira, proferido no julgamento do Processo n. 6.988, classe 10ª-DF, que resultou na Resolução 12.017, de

¹⁵ ROSAS, Roberto. Estrutura Constitucional da Justiça Eleitoral. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v.45, n.179, p.5-21, jan./jun. 1992.

27.11.84, sustenta que a decisão proferida em sede de consulta não é materialmente jurisdicional, não ensejando o reconhecimento de coisa julgada, apresentando-se somente com a natureza administrativa e normativa.¹⁶

Há ainda quem defenda, como é o caso de Paulo José Martins Lacerda, Renato César Carneiro e Valter Félix da Silva, que as respostas dadas às consultas pelo Tribunal Superior Eleitoral tinham caráter normativo e, por isso, vinculavam os juízes e Tribunais Regionais Eleitorais somente enquanto vigorava o artigo 263 da Lei n. 4.737/65, que tratava do instituto do prejudgado (“art. 263 - No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal”).¹⁷

Com efeito, por intermédio do prejudgado, procurava-se evitar, preventivamente, disparidade ou contradição de julgados, sendo o mesmo suscitado como preliminar de um julgamento de processo eleitoral. Neste aspecto, este instituto mantinha certa semelhança com a coisa julgada, contudo, apresentava-se mais amplo em virtude de poder ser aplicado fora dos limites subjetivos da coisa julgada, mas, por outro lado, mostrava-se menos abrangente por alcançar somente questões de direito, e não de fato. Além disso, como o próprio artigo do Código Eleitoral indica, o prejudgado eleitoral somente poderia ser invocado no julgamento de questões relativas a um mesmo pleito eleitoral, não servindo para processos relativos a eleições posteriores.

Ocorre que o Tribunal Superior Eleitoral, no acórdão n. 12.501, publicado em sessão de 14.09.1992, declarou que este dispositivo era inconstitucional desde a Constituição de 1946. Posteriormente, o entendimento foi ratificado no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral nº 12.682-GO, no qual o TSE considerou o instituto do prejudgado incompatível com a Constituição Federal, por estabelecer o efeito vinculante que, na época, nem mesmo as súmulas do Supremo Tribunal Federal ostentavam. Referida decisão declarou a insubsistência do artigo 263 do Código Eleitoral por não ter sido recepcionado pela Carta Magna em vigor.

Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal continua atribuindo caráter vinculatório às decisões do Tribunal Superior Eleitoral provenientes de consultas eleitorais, como foi

¹⁶ COSTA, Antônio Tito, op. cit., 1996, p.33 e 76.

¹⁷ LACERDA, Paulo José Martins; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix da, op. cit., 2004, p.63.

reconhecido no julgamento da ADI n. 3445. Para a Corte Suprema brasileira não há inconstitucionalidade na função consultiva realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral, que deve, no entanto, se limitar a interpretar norma legal ou constitucional.

Recentemente, ao julgar o Mandado de Segurança n. 26.603-DF, impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira – (PSDB) contra ato da Presidência da Câmara dos Deputados que indeferiu requerimento por ele formulado, no qual essa agremiação partidária postulava a declaração de vacância, por renúncia presumida, de mandatos exercidos por Deputados Federais eleitos sob aquela legenda que haviam mudado de filiação partidária, em virtude da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta n. 1.398-DF, versando sobre fidelidade partidária, o Supremo Tribunal Federal chegou a sugerir a elaboração de resolução para disciplinar o processo de perda de mandato eletivo, conforme pode-se observar pelo teor do voto do Ministro Celso de Mello:

Nada impedirá que o E. Tribunal Superior Eleitoral, à semelhança do que se registrou em precedente firmado no caso de Mira Estrela/SP (RE 197.917/SP), formule e edite resolução destinada a regulamentar o procedimento (materialmente) administrativo de justificação em referência, instaurável perante órgão competente da própria Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da ‘analogia legis’, mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90. Observo que a fórmula da resolução ora sugerida, a ser eventualmente editada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, representou solução idealizada no julgamento plenário do já mencionado RE 197.917/SP e foi considerada inteiramente constitucional, por esta Suprema Corte, quando da apreciação da ADI 3.345/DF, de que fui Relator, em decisão que julgou improcedente referida ação direta.

Deste modo, mesmo não subsistindo mais o artigo 263 do Código Eleitoral que tratava do prejudgado, as respostas do Tribunal Superior Eleitoral às consultas que lhe são formuladas devem ser observadas por Juízes e Tribunais Regionais Eleitorais. O respeito aos entendimentos precedentes expressos pelo Tribunal Superior Eleitoral conferem previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuem estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerando certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com os mesmos e ainda preservam a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

As consultas, portanto, juntamente com as instruções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral visando a fiel execução da lei eleitoral, constituem formas de expressão do poder normativo da Justiça Eleitoral, fundamentado em Lei Complementar. Vale dizer, são espécies normativas legítimas, editadas por autoridade competente, com as características da

impessoalidade, generalidade e abstração, devendo ser observadas pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior e pelos atores do processo eleitoral.

4.4 Competência normativa supletiva da Justiça Eleitoral

Como corolário do princípio constitucional da separação dos poderes, tem-se que a competência específica para criar direito novo mediante normas genéricas e abstratas é atribuída precipuamente ao Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário com preponderância o exercício da atividade jurisdicional, consistente em dizer o direito aplicável à espécie nos casos que lhe são submetidos.

Em relação à Justiça Eleitoral, além de sua função jurisdicional típica, esta detém ainda funções executivas e normativas, sendo que em relação a esta última, predomina o entendimento de que esta Justiça especializada tem competência somente de expedir espécies normativas de caráter regulamentar, ou seja, com o escopo de complementar a lei, limitando-se a explicitar o seu alcance.

Sem embargo, tem-se observado que no âmbito da Justiça Eleitoral, a prática constitucional tem sido ousada, reconhecendo ao Tribunal Superior Eleitoral não apenas competência de natureza integrativa, mas, em alguns casos, supletiva e criadora, permitindo-lhe detectar a carência do Direito legislado e a formulação da norma a ser aplicada, desde que compatível com a Constituição Federal e com a legislação infraconstitucional.

Elcias Ferreira da Costa verificou esta evolução tendo se pronunciado nos seguintes termos:

[...] a prática constitucional brasileira tem evoluído de maneira revolucionária, sem dúvida, no que concerne à competência da Justiça Eleitoral, na medida em que se tem reconhecido ao TSE competência não só integrativa, mas até legislativa-supletiva, ultrapassando os limites da construction anglo-norte-americana.¹⁸

Esta competência normativa supletiva foi exercida, por exemplo, em 22 de março de 1990, quando o Tribunal Superior Eleitoral expediu a Resolução n. 16.336, fixando o número de membros à Câmara dos Deputados, às Assembleias e Câmaras Legislativas para as eleições de 03 de outubro de 1990, em virtude da inexistência, na época, da lei complementar exigida pelo artigo 45, § 1º da Constituição Federal. Em virtude da omissão do Congresso

¹⁸ COSTA, Elcias Ferreira. **Direito eleitoral**: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.15.

Nacional, o Tribunal Superior Eleitoral manteve a representação eleita à Câmara dos Deputados em 1986, salvo em relação aos recém criados Estados de Amapá e Roraima, cujas representações foram adequadas ao mínimo assegurado no texto constitucional, repercutindo, por conseguinte, no número de membros das respectivas Assembleias legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Não fosse a atuação normativa supletiva do Tribunal Superior Eleitoral, o número de membros das casas legislativas, principalmente dos Estados recém criados pela Constituição Federal, poderia ser objeto de inúmeros e demorados questionamentos que prejudicariam o exercício da soberania popular.

José Augusto Delgado já se manifestou sobre a competência normativa supletiva da Justiça Eleitoral, justificada pela necessidade de firmar regras abstratas exigidas pela conjuntura complexa com que se apresentam o exercício de suas atividades administrativas e judiciais, senão vejamos:

É fundamental que a Justiça Eleitoral detecte a carência do direito legislado em se adaptar e de acompanhar as mutabilidades enfrentadas pelos agentes políticos em suas relações com o poder e com a sociedade, suprindo, pela evolução de sua jurisprudência e pela competência normativa, embora limitada, que o sistema lhe outorga, tais necessidades fortalecedoras do direito de ser bem exercido pelo indivíduo agasalhado pela garantia da cidadania.

[...]

O nosso apego às ideias tradicionais leva-nos ao cultivo do princípio de que o objetivo primordial do regulamento é o de complementar a lei, explicando, unicamente o seu raio de ação. Ocorre que, por ter avançado em seu prestígio como norma reguladora, concebe-se, hoje, o de ter recebido uma característica de cunho supletivo e criador, desde que não resulte, a sua aplicação, em se tornar incompatível com a norma positivada.¹⁹

Assim, para cumprir sua finalidade de garantir a soberania da vontade popular e a lisura dos pleitos eleitorais, por meio do controle do processo eleitoral, assegurando a verdade das urnas, a Justiça Eleitoral pode exercer a sua competência normativa, não apenas regulamentando ou interpretando a legislação eleitoral, mas também completando suas carências, quando for estritamente necessário e desde que não apresente contradição com a própria lei ou com a Constituição Federal.

Esta competência normativa supletiva tem correlação com as origens da própria Justiça Eleitoral. Como visto anteriormente, esta justiça especializada foi criada com o objetivo de controlar o processo eleitoral em todas as suas fases e garantir a verdade das urnas, já que,

¹⁹ DELGADO, José Augusto, op. cit., 1995, p.114-115.

naquele momento histórico, os pleitos eram marcados pelas fraudes e pela corrupção, não havendo qualquer respeito à vontade popular. Nesse contexto, o Brasil substituiu o sistema de verificação dos poderes de controle do processo eleitoral, a cargo do Poder Legislativo, pelo sistema judiciário, reproduzindo em grande parte o modelo criado e adotado na Inglaterra.

Ora, o Reino Unido adota sistema jurídico anglo-saxônico, no qual há uma concorrência entre o direito costumeiro (*Common Law*) e a lei, bem como cabe aos tribunais aplicar o *Common Law*, criando precedentes judiciais vinculantes, decorrentes do princípio do *stare decisis*, segundo o qual os tribunais de hierarquia inferior são obrigados a respeitar as decisões dos superiores, que por sua vez também se obrigam por suas próprias decisões. A partir do precedente judicial nasce a norma jurídica geral obrigatória, ou seja, neste tipo de sistema jurídico, o juiz exerce não somente função interpretadora, mas também criadora do Direito.

Deste modo, para que o sistema judiciário de controle do processo eleitoral possa funcionar a contento e consiga atingir sua finalidade no Brasil, torna-se necessária a utilização dessa competência normativa ainda que limitada, já que o modelo de controle judicial do processo eleitoral criado na Inglaterra e que serviu de modelo para o Brasil se fundamenta neste parâmetro, ainda que aqui se adote sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*), que prestigia a norma geral e abstrata produzida pelo Poder Legislativo.

5 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

A constituição consiste na norma suprema decorrente da vontade do povo e, por este motivo, posiciona-se no nível hierárquico superior do ordenamento jurídico. Outrossim, a constituição, como base e fundamento da estrutura normativa, determina os valores supremos do ordenamento jurídico e constitui o parâmetro de validade de todas as demais normas, de modo que o estabelecimento de mecanismos de proteção da integridade do texto constitucional tem por escopo proteger a ordem fundamental contra possíveis violações pelo ordenamento jurídico ordinário.¹

Por sua vez, o controle de constitucionalidade das leis pode ser definido como o procedimento por meio do qual, determinados órgãos do Estado comprovam se certos atos aparentemente lícitos dos poderes públicos estão conformes à constituição, decidindo sua anulação ou inaplicação, caso não se apresentem como tais. Trata-se, portanto, de um mecanismo utilizado para assegurar o respeito ao princípio da supremacia da constituição.²

No sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, são admitidas duas formas de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por ação é aquela decorrente da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. Pressupõe, portanto, uma conduta positiva do responsável pela produção do ato normativo, cujo resultado se mostra incongruente ou contrário ao texto constitucional, seja no aspecto da regularidade do processo legislativo, seja no aspecto do direito material regulado. Por seu turno, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, ou seja, a omissão legislativa ocorre pela falta de medida para tornar efetiva norma constitucional ou quando houver cumprimento insatisfatório ou imperfeito das tarefas determinadas pelo constituinte originário.

¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 2001, p.110-111.

² Ibid., 2001, p.112.

Neste sentido, Clemerson Clève afirma que “o dever constitucional de legislar tanto pode não ser satisfeito como pode sê-lo de modo integral ou parcial. O cumprimento parcial e o não-cumprimento do dever constitucional de legislar caracterizam, respectivamente, a inconstitucionalidade ou omissão parcial e total”.³

Quanto ao momento em que o controle de constitucionalidade é realizado, este pode ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo ocorre antes do aperfeiçoamento do ato normativo, como, por exemplo, o controle realizado no âmbito do processo legislativo, em todas as suas fases. Por sua vez, no sistema repressivo, a instauração do processo de controle somente pode ser realizada após a entrada em vigor do ato normativo. No caso de lei, exige-se, pelo menos, que tenha havido a sua promulgação.

No tocante ao órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade, este pode ser político, jurisdicional ou misto. No primeiro, a atividade de controle de constitucionalidade é realizada por órgão político, nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça e pelas demais comissões com esta finalidade, ou mediante o veto oposto pelo chefe do Poder Executivo com fundamento em inconstitucionalidade do projeto de lei. O controle jurisdicional é aquele realizado por órgão integrante do Poder Judiciário. O controle misto consiste em uma combinação dos dois anteriores. Este foi o tipo de controle adotado no Brasil, no qual o Poder Legislativo, o Presidente da República, o Poder Judiciário, cada um em sua esfera de competência, realizam o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

O controle jurisdicional pode ser difuso (ou americano), concentrado (ou austríaco) e misto. Pelo controle difuso, qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto tem o poder-dever de afastar esta aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional. No controle concentrado, a atribuição para o julgamento das questões constitucionais é conferida a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. Por fim, o controle misto reúne os dois sistemas anteriores, deferindo-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei tida por inconstitucional nos processos judiciais que lhe foram afeitos, mas também confere a determinado órgão supremo

³ CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.42.

a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato. Este é o tipo de modelo adotado no Brasil.

A Constituição Federal brasileira prevê as seguintes espécies de controle jurisdicional concentrado ou via de ação direta: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a”); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, inciso III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a”, parte final) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

A ação direta de inconstitucionalidade visa obter a declaração da inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, expurgando-o da ordem jurídica. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no âmbito desta lei tem alcance *erga omnes* (oponível a todos).

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva tem por escopo promover a intervenção federal em algum Estado ou de um Estado em um Município, sendo proposta pelo Procurador-Geral da República ou pelo Procurador-Geral da Justiça do Estado, conforme o caso. O seu objetivo é não apenas obter a declaração de inconstitucionalidade, mas também restabelecer a ordem constitucional no Estado ou no Município, por intermédio da intervenção.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inovação introduzida pela Constituição de 1988, tem aplicação quando não forem produzidas as leis ou os atos normativos ou administrativos exigidos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. A omissão constitucional decorre do não cumprimento do dever especial de legislar, que não deve ser confundido com o dever geral de fazê-lo. O dever especial de legislar se verifica “quando a constituição estabelece a ordem concreta de legislar; ou quando define uma imposição permanente e concreta dirigida ao legislador; ou quando consagra normas que pressupõem mediação legislativa para terem operatividade prática”. A omissão do Poder Executivo se dá pela não edição de normas regulamentares ou pela abstenção na prática de atos administrativos, atos políticos ou atos de governo.⁴

⁴ MACHADO, Márcia Rodrigues. Inconstitucionalidade por omissão. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 30, p.45-46, dez. 1988

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 3/93. Por intermédio desta ação, a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal que esteja sendo objeto de diversos processos em juízos e tribunais inferiores é transferida para o Supremo Tribunal Federal, afastando-se o controle difuso, uma vez que declarada a constitucionalidade do ato normativo, a decisão produzirá eficácia contra todos e terá efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui mais uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade, figurando como uma medida extremamente aberta de correção dos atos estatais violadores dos preceitos fundamentais da Constituição, sendo cabível quando presentes o interesse público e a ausência de outros mecanismos jurisdicionais efetivos.

Cumprindo ainda ressaltar que a Constituição Federal atribui competência ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa e zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes, conforme artigo 49, incisos V e XI, prerrogativas consideradas como formas de controle repressivo de constitucionalidade.

Por sua vez, o controle difuso da constitucionalidade se realiza mediante questão prejudicial ou preliminar, por via incidental, no decurso de ação submetida ao Poder Judiciário. Todos os órgãos judiciais podem realizá-lo, por ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, de modo que, no curso de qualquer processo, é possível apreciar inconstitucionalidade incidental, como questão prejudicial daquela que constitui o objeto do processo. A inconstitucionalidade pode ser suscitada por todos os que integram a relação processual: as partes, terceiros e o Ministério Público.

Em relação aos meios processuais para suscitar a inconstitucionalidade no controle difuso, a questão constitucional pode ser levantada pelo réu por ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção), pelo terceiro que integra a relação processual ou pelo autor na inicial de uma ação de qualquer natureza, inclusive eleitoral, proposta perante qualquer órgão e grau de jurisdição, desde que competente para a causa.

No âmbito da Justiça Eleitoral, o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Tribunal Superior Eleitoral deve ser exercido pelos juízes eleitorais, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelo próprio Supremo Tribunal Federal em qualquer ação levada a seu conhecimento, porquanto o ato normativo inconstitucional não pode vincular o julgador.

5.1 As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e o controle de constitucionalidade

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral podem ser objeto de controle de constitucionalidade, uma vez que se enquadram no conceito de ato normativo com as características da impessoalidade, abstração e generalidade, descrito no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal. Como as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral não são elaboradas de acordo com o processo legislativo próprio das leis em sentido estrito, não se submetem ao controle de constitucionalidade preventivo, mas somente ao repressivo.

Deste modo, como cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais, pertence a esta Corte a competência para exercer o controle de constitucionalidade das resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral em sua forma concentrada. Por outro lado, qualquer juiz ou Tribunal Eleitoral pode exercer o controle difuso desses atos, por intermédio do incidente de inconstitucionalidade nos processos relativos aos casos concretos que lhes são submetidos.

Impende salientar que não é qualquer ato normativo expedido pelo Tribunal Superior Eleitoral que pode ser objeto do controle direto de constitucionalidade. As resoluções eleitorais podem ser expedidas com a característica de ato normativo primário, de caráter autônomo e alcance geral, normatizando situação não regulada por norma eleitoral, mas também podem apresentar característica de ato normativo secundário, de cunho acessório, que apenas se limita a interpretar ou regulamentar uma lei eleitoral já existente. Somente as primeiras, isto é, as resoluções com caráter de ato normativo autônomo, ou seja, com as feições de impessoalidade, abstração e de alcance geral, são passíveis de controle concentrado de Constitucionalidade. Este o entendimento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal.

Para a Corte Suprema brasileira, o controle concentrado de constitucionalidade não se presta para realizar o controle da legalidade do exercício do poder regulamentar. Os eventuais excessos do poder regulamentar expressos em uma resolução cotejada com a lei

regulamentada não revelam inconstitucionalidade, mas somente ilegalidade, já que a ofensa à Constituição é reflexa ou indireta.

Com efeito, Ana Maria D'Ávila Lopes esclarece a diferença entre os conceitos de inconstitucionalidade e ilegalidade, declarando que “pode-se afirmar então que, no conflito entre uma lei e a constituição, dever-se-á falar em inconstitucionalidade, porém, se o conflito é entre normas de diferente nível hierárquico, a questão é de ilegalidade”.⁵ Corroborando o seu entendimento, o posicionamento de Vicente Ráo:

O princípio de constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições substanciais ou formais da Constituição; o princípio da legalidade reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis, e, também, a subordinação, nos termos assim indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras.⁶

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.243, o Supremo Tribunal Federal expressou o entendimento de que o controle concentrado de constitucionalidade pressupõe o confronto de certo ato normativo diretamente com a constituição, de forma que os atos normativos expedidos pela Justiça Eleitoral, quando se limitarem a regulamentar ou interpretar normas eleitorais, não se submetem a essa espécie de controle.⁷

Este entendimento restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.626, ajuizada por dois partidos políticos que questionavam a constitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 4º, da Resolução n.º 20.993, que instituiu a regra da verticalização das coligações partidárias. A Corte entendeu que a instrução normativa do Tribunal Superior Eleitoral limitou-se a interpretar o artigo 6º da Lei n.º 9.504/97, declinando em conhecer da ação por se tratar de ato normativo secundário.⁸

⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit., 2001, p.115.

⁶ RÁO, Vicente, op. cit., 1952, p.221.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2243/DF. Autor: o Partido da Frente Liberal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento 16/08/2000. **Diário de Justiça**, 06 jun. 2003, p.00029. Ementa: Controle Concentrado de Constitucionalidade - Parâmetros. O controle concentrado de constitucionalidade pressupõe descompasso de certa norma com o Texto Fundamental, mostrando-se inadequado para impugnar-se ato regulamentador, como é a Resolução nº 20.562 do Tribunal Superior Eleitoral, de 2 de março de 2000, sobre a distribuição dos horários de propaganda eleitoral, versada na Lei nº 9.504/97.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.626/DF. Autores: Partido Comunista do Brasil e Partido Liberal. Relator Min. Sidney Sanches. **Diário de Justiça**, 05 mar. 2004, p.00013. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Parágrafo 1º do artigo 4º da Instrução nº 55, aprovada pela Resolução nº 20.993, de 26.02.2002, do Tribunal Superior Eleitoral. Art. 6º da Lei nº 9.504/97. Eleições de 2002. Coligação Partidária. Alegação de ofensa aos artigos 5º, II E LIV, 16, 17, § 1º, 22, I e 48, caput, da Constituição Federal. Ato normativo secundário. Violação indireta. Impossibilidade do controle abstrato de constitucionalidade. Tendo sido o dispositivo impugnado fruto de resposta à consulta regularmente formulada

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal também alberga o entendimento de que, quando as Resoluções expedidas pela Justiça Eleitoral, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral, têm caráter de ato normativo autônomo e violam diretamente a Constituição Federal, nesta hipótese, é perfeitamente cabível a ação direta de inconstitucionalidade. Este posicionamento foi expresso no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.269/RN e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 696/DF, a primeira julgada improcedente em virtude da Corte ter entendido que não houve ofensa à Constituição e a segunda julgada procedente, ambas conhecidas por se configurarem atos normativos autônomos.⁹

Assim, cabe ação direta de inconstitucionalidade contra resolução da Justiça Eleitoral apenas quando esta tiver caráter de ato normativo autônomo, ou seja, a ação somente é cabível quando o preceito normativo impugnado conflita diretamente com a Constituição da República.

por parlamentares no objetivo de esclarecer o disciplinamento das coligações tal como previsto pela Lei 9.504/97 em seu art. 6º, o objeto da ação consiste, inegavelmente, em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu ou não os limites da norma que visava integrar, exigiria, necessariamente, o seu confronto com esta regra, e a Casa tem rechaçado as tentativas de submeter ao controle concentrado o de legalidade do poder regulamentar. Precedentes: ADI n.º 2.243, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI n.º 1.900, Rel. Min. Moreira Alves, ADI n.º 147, Rel. Min. Carlos Madeira. Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados. Ação direta não conhecida.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2269/RN, Relator Min. Eros Grau, Requerente: Partido Humanista da Solidariedade – PHS, Julgamento: 15/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, 31 mar. 2006, p-00006. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 3º da Resolução Administrativa n.º 01/2000 do TRE do Estado do Rio Grande do Norte. Proibição do uso de simulador da urna eletrônica. Constitucionalidade. 1. O texto normativo atacado não incorre em qualquer modalidade de inconstitucionalidade, ao contrário, evidencia meio idôneo para a preservação da higidez do processo eleitoral. Precedentes. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 696/DF, Relator Min. Sydney Sanches, Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Julgamento: 20/09/1995. **Diário de Justiça**, 20 out. 1995, p.35254. Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Vencimentos. Reajuste. U.R.P. Ação Direta de Inconstitucionalidade da Resolução no 17.690, de 12.11.1991, do Tribunal Superior Eleitoral, que reajustou vencimentos de seus servidores, relativos aos meses de abril e maio de 1988 e fevereiro de 1989, segundo a variação da Unidade de Referência de Preços (índices de 16,19% e 26,05%, respectivamente) (Decreto-lei n. 2.335, de 12.06.1987). 1. A Resolução impugnada é ato normativo federal, pois estabelece reajuste de vencimentos de todos os servidores do T.S.E. Pode, pois, ser impugnada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do art. 102, I, "a", da C.F. 2. Havendo-se fundado no princípio do direito adquirido, quando, na verdade, ele não se configurou, segundo pacífica jurisprudência do S.T.F., a Resolução, ao outorgar o reajuste de vencimentos, incidiu em violação aos princípios enunciados nos artigos 2., 5., XXXVI, "caput", incisos X, XV, 48 e 96, II, "b" da Constituição Federal. 3. Inconstitucionais, portanto, os reajustes (de 16,19% e 26,05%). 4. Quanto ao de 16,19%, a jurisprudência do STF, no julgamento de casos concretos, ou seja, no controle difuso de constitucionalidade, tem admitido a caracterização de direito adquirido dos servidores a 7/30 sobre tal índice, no que concerne aos meses de abril e maio de 1988. 5. Em se tratando, porém, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, de processo objetivo, em que apenas se discute a validade, ou não, do ato normativo impugnado (em tese), e não podendo o S.T.F., como legislador negativo, alterar o texto das normas impugnadas, resta-lhe a declaração, pura e simples, da inconstitucionalidade. 6. Ação Direta julgada procedente, declarada, assim, inconstitucional a Resolução n. 17.690, de 12.11.1991, do T.S.E.

Por outro lado, tratando-se de resolução eleitoral que se limita a explicitar dispositivos de lei eleitoral, com caráter de ato regulamentador, ou a interpretá-la, em caso de resposta a consulta, não cabe a ação direta de inconstitucionalidade. Neste caso, o ato normativo da Justiça Eleitoral tem caráter secundário e a análise do seu confronto com a Carta Magna teria que passar, primeiramente, pelo exame abstrato de outra norma infraconstitucional (lei regulamentada ou interpretada), de forma que não há ofensa direta da Constituição Federal pelo ato normativo.

5.2 Limites ao poder normativo da Justiça Eleitoral

O poder normativo da Justiça Eleitoral pode ser definido como a competência que dispõe o Tribunal Superior Eleitoral de: a) expedir instruções para explicitar a lei visando a sua correta aplicação; b) responder às consultas que lhe são formuladas, em tese, sobre matéria eleitoral a fim de interpretá-la; c) expedir resoluções sobre matéria de sua competência, isto é, relacionada ao controle do processo eleitoral, quando houver manifesta omissão do Poder Legislativo que possa implicar em violação ao princípio da soberania popular.

Ademais, como corolário de sua atribuição de organizar o processo eleitoral função de caráter eminentemente administrativo, está implícito o poder-dever de regulamentar a lei e suprir, com atos normativos próprios, as omissões do Legislativo que estiverem na sua alçada sem, contudo, invadir as chamadas “reservas de lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei em sentido estrito, que, em princípio, são aquelas que afetam as garantias e direitos individuais assegurados pela Constituição, que definem crimes e cominam penas ou que criam impostos.

Esse poder normativo da Justiça Eleitoral encontra-se estabelecido primordialmente no artigo 23, incisos IX e XII do Código Eleitoral (n.º 4.737/65) e no artigo 105 da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97). Analisando os aludidos dispositivos legais, observa-se que a competência normativa da Justiça Eleitoral não se encontra especificada de forma detalhada, pelo contrário, apresenta-se de forma bastante genérica, não tendo sido fixados limites expressos pelo legislador.

Não obstante essa competência normativa seja exercida reiteradamente pela Justiça Eleitoral, de forma mais acentuada nos anos de eleição, verifica-se que ainda não foi realizada uma sistematização sobre o assunto, notadamente sobre os seus limites.

José Augusto Delgado reconhece inexistir sistematização a respeito da função normativa, que é exercida assiduamente pela Justiça Eleitoral, e seus limites, recorrendo ao que já foi escrito em sede de Direito Administrativo, sobre o regulamento, para apresentar as principais regras a que esta deve se submeter, fazendo-o nos seguintes termos:

- a) o regulamento tem sua base jurídica na extensão da função normativa da Justiça Eleitoral, constituindo-se uma forma menos qualificada de tal função a ser exercida;
- b) esse poder regulamentar é inerente à peculiaridade da tarefa administrativa e judicial exercida pela Justiça Eleitoral, por lhe ser impossível se manifestar, para poder exercer o controle, em todos os casos concretos;
- c) a possibilidade do regulamento dispor de modo abstrato, para o futuro, só tendo efeito retroativo em situações excepcionais, como no caso do reconhecimento da prática de atos atentatórios à dignidade da Constituição que, por possuírem tal vício, são nulos, facilita a execução dos variados procedimentos eleitorais existentes e serve como veículo educativo para todos os agentes envolvidos com o fenômeno eleitoral;
- d) é aceitável que, em se tratando de Direito Eleitoral, a ação do regulamento não se limite, apenas, a interpretar a lei e a ditar regras ligadas à sua execução, pelo que deve-se-lhe permitir, com caráter normativo, impor a obrigatoriedade de determinadas condutas aos sujeitos ativos e passivos do processo eleitoral;
- e) há de se valorizar a simples expedição do regulamento por ele expelir a sua pujança hierárquica, tornando obrigatório o seu cumprimento por parte dos subordinados à autoridade eleitoral e por esta, em face de sua integração regular ao ordenamento jurídico-eleitoral;
- f) a hierarquização no ordenamento jurídico-eleitoral torna-se útil, de modo específico, ao prestigiar a esfera da eficácia e da efetividade do regulamento, tendo em vista que o expedido por uma autoridade superior prevalece sobre outro, embora já existente, mas que tenha se originado de ato de autoridade subordinada àquela;
- g) os conceitos estatuídos pela Ciência jurídica a respeito da força normativa, no final deste século, foge do apoio a que sejam instituídas leis que pretendam esgotar, por inteiro, todos os fatos que pretende alcançar, tendo em vista a impossibilidade prática de tal patamar ser atingido com êxito, pelo que se defende um maior prestígio para os decretos, portarias, circulares, provimentos, instruções etc;
- h) o regulamento eleitoral, quando expedido, deve se submeter às limitações legais que sobre ele, normalmente, recaem, pelo que não deve, em nenhuma hipótese, alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral;
- i) o objetivo fundamental do regulamento em Direito Eleitoral deve ser o de disciplinar as situações em que cabe atuação discricionária da Justiça Eleitoral para fazer cumprir a legislação que rege os atos por ela produzidos, quer administrativos, quer judiciais;
- j) não deve ter força de criar direitos nem obrigações que não se encontrem, de modo implícito ou explícito, contidos na lei;
- l) não deve revogar, nem contrariar a letra nem o espírito da lei, limitando-se, apenas, a desenvolver os princípios e a completar a sua dedução, facilitando o seu cumprimento.¹⁰

¹⁰ DELGADO, José Augusto, op. cit, 1995, p.116.

Com efeito, o exercício do poder normativo da Justiça Eleitoral deve se sujeitar, de uma forma geral, aos mesmos princípios a que se submete o legislador comum, notadamente com respeito às disposições constitucionais, bem como às limitações específicas, relacionadas às peculiaridades da legislação eleitoral. Estes limites podem ser classificados em formais e materiais.

5.2.1 Limites Formais

São as limitações relacionadas à elaboração das resoluções eleitorais, devendo obedecer a determinados requisitos que devem integrar o ato sob pena de sua invalidação. Sob o aspecto formal, a doutrina tem admitido três espécies básicas de limitação, como veremos adiante.

5.2.1.1 Quanto à Competência

Cabe somente ao Tribunal Superior Eleitoral expedir as instruções necessárias à execução das leis eleitorais. Esta exclusividade é estabelecida expressamente no artigo 23, inciso IX do Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965), no artigo 105 da chamada “Lei das Eleições (Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997) e no artigo 61 da Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995, denominada de Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Em relação à função consultiva, o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais detêm competência para responder a consultas sobre matéria eleitoral, desde que versem sobre problemas em tese, vedando-se indagações sobre fatos concretos. Esta competência encontra-se consagrada nos artigos 23, inciso XII, e 30, inciso VIII, ambos do Código Eleitoral. Os juízes eleitorais não compartilham dessa competência. Sobre a função consultiva da Justiça Eleitoral, Edson de Resende Castro discorre:

Particulariza-se a Justiça Eleitoral, ainda, pela função consultiva reservada aos seus Tribunais Regionais e Superior. Exatamente porque exerce a administração do processo de captação do sufrágio, o Código Eleitoral prevê que ao Tribunal Superior Eleitoral compete: ‘Art. 23. [...] XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.’ Igual atribuição é dada aos Tribunais Regionais, como estabelecido no artigo 30, VIII, do mesmo Código Eleitoral. Logo se percebe que o Juiz Eleitoral não tem competência para responder consultas, pois que essa atividade é reservada tão somente aos TREs e ao TSE.¹¹

¹¹ CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p.61.

No âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, podem formular consultas sobre matéria eleitoral, em tese, qualquer autoridade com jurisdição federal (Senadores e Deputados Federais) ou órgão nacional de partido político, representado por seu presidente ou delegado credenciado naquele tribunal. Admite-se também consulta formulada pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

Ao seu turno, nos Tribunais Regionais Eleitorais, admite-se consultas formuladas por autoridades públicas e pelos diretórios estaduais e municipais dos partidos políticos e seus respectivos delegados. Em relação às autoridades que podem apresentar consultas aos Tribunais Regionais Eleitorais, Francisco Dirceu Barros assevera:

Os deputados estaduais incluem-se no conceito de autoridade pública, com legitimação para formular consultas perante os TREs. O mesmo não se tem verificado em relação a vereadores, que não são considerados autoridade pública para esse efeito, podendo, porém, o Presidente da Câmara Municipal formular consultas perante o TRE. Os juízes eleitorais não têm competência legal para responder a consultas sobre matéria eleitoral, podendo, eles próprios, comparecer como consulentes perante os TREs.¹²

O cidadão comum, isto é, o eleitor no gozo dos seus direitos políticos, ainda que filiado a partido político, não detém legitimidade para formular consultas seja perante o Tribunal Superior Eleitoral, seja perante os Tribunais Regionais Eleitorais.

Assim sendo, ao exercer a sua função consultiva, os órgãos da Justiça Eleitoral devem observar as limitações quanto à competência retro explicitadas.

5.2.1.2 Quanto ao veículo de edição

No exercício de sua competência normativa eleitoral, seja expedindo instruções normativas, seja respondendo às consultas que lhe são formuladas, em tese, sobre matéria eleitoral, a Justiça Eleitoral o faz mediante a edição de resoluções eleitorais.

Desta forma, as resoluções eleitorais se constituem no instrumento utilizado pelo Tribunal Superior Eleitoral para veicular os atos que resultam de suas decisões contenciosas-administrativas ou de caráter normativo, ou seja, seus atos normativos com força regulamentar ou as consultas respondidas pela Corte sobre matéria eleitoral.

¹² BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.17.

5.2.1.3 Quanto ao prazo

Quando o Tribunal Superior Eleitoral expede resoluções que veiculam instruções específicas para uma determinada eleição, ou seja, com vigência temporária, deve fazê-lo até o dia cinco de março do ano da eleição, consoante dispõe o artigo 105 da Lei n.º 9.504/97. Neste caso específico, deve ainda ouvir, previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.

Para as demais resoluções que veiculem instruções sem esse caráter de temporariedade, ou seja, que deverão ser aplicadas permanentemente até que venham a ser revogadas por outra resolução ou por lei, não há necessidade de observância deste prazo, todavia, se alterar o processo eleitoral deverá observar o princípio constitucional da anualidade estabelecido no artigo 16 da Constituição Federal, que será ainda abordado de forma mais acurada mais adiante.

Impende salientar que o Tribunal Superior Eleitoral também já consolidou jurisprudência no sentido de não conhecer de consultas após iniciado o processo eleitoral, com o início do período estabelecido para as convenções partidárias, ou seja, de dez a trinta de junho do ano em que se realizarem as eleições (artigo 8º, Lei n.º 9.504/97).

A finalidade dessa limitação temporal é evitar que ocorram atrasos no processo eleitoral e para viabilizar o conhecimento, com certa antecedência, pelos partidos, coligações e candidatos de todo o ordenamento do pleito eleitoral, poupando os destinatários das normas eleitorais de surpresas e sobressaltos. Neste sentido, deve-se salientar que a data de 05 de março do ano da eleição indica o termo final para que o Tribunal Superior Eleitoral expeça todas as instruções necessárias à execução da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97), no entanto, é recomendável que estas sejam editadas com a máxima brevidade possível, possibilitando a preparação antecipada dos atores do processo eleitoral.

Ademais, se a própria Constituição Federal em seu artigo 16 fixou prazo limite para a aplicação de lei que altere o processo eleitoral, estabelecendo o princípio da anualidade eleitoral, mostra-se coerente a limitação temporal imposta às instruções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. A aplicação do princípio constitucional da anualidade às resoluções eleitorais será abordada mais adiante.

5.2.2 *Limites materiais*

No exercício de sua função normativa, a Justiça Eleitoral somente pode expedir resoluções que versem sobre matéria eleitoral, ou seja, que integrem o objeto do Direito Eleitoral. Sobre o âmbito de incidência do Direito Eleitoral, Marcos Ramayana explicita:

O Direito Eleitoral é um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo de alistamento, filiação partidária, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda política eleitoral, votação, apuração, proclamação dos eleitos, prestação de contas de campanhas eleitorais e diplomação, bem como as formas de acesso aos mandatos eletivos através dos sistemas eleitorais.¹³

Por outro lado, como já visto anteriormente, o poder normativo da Justiça Eleitoral pode ser exercido de três formas distintas: a) com a expedição de instruções para explicitar a lei visando a sua correta aplicação; b) com a resposta às consultas que lhe são formuladas, em tese, sobre matéria eleitoral a fim de interpretá-la; e c) com a edição de resoluções sobre matéria de sua competência, relacionada ao controle do processo eleitoral, quando houver manifesta omissão do Poder Legislativo que possa implicar em violação ao princípio da soberania popular, isto é, em restrição ou impedimento ao exercício do poder pelo povo. A limitação material ao poder normativo varia de acordo com a forma como este será exercido.

Ao expedir instruções necessárias à execução de uma lei, ou seja, ao explicitar ou especificar um conteúdo normativo preexistente, essa função da Justiça Eleitoral deve se submeter às mesmas limitações impostas ao poder regulamentar tradicionalmente conferido ao chefe do Poder Executivo. Segundo Carlos Maximiliano, as restrições ao poder de expedir regulamentos executivos são as seguintes:

- I – o poder regulamentar não cria direitos nem obrigações que não foram estabelecidas de forma implícita ou explícita pela lei;
- II – o poder regulamentar não pode ampliar, restringir ou modificar direitos, nem obrigações, mas apenas serve de desenvolvimento e completude das regras legais;
- III – o poder regulamentar está totalmente subordinado à lei, de forma a ficar impossibilitado de facultar, ordenar ou proibir senão o que a lei, em termos, amplos, facultou, proibiu ou ordenou;
- IV – o poder regulamentar não extingue direitos nem anula obrigações dos cidadãos em geral;
- V – o poder regulamentar restringe-se a desenvolver os princípios e completar a sua dedução, com a finalidade de dar cumprimento às leis, não lhe sendo possível estabelecer novos princípios;
- VI – o poder regulamentar não deve criar empregos, fixar, elevar ou diminuir vencimentos, instituir penas, emolumentos ou taxas, senão quando expressamente autorizado pelo legislativo;
- VII – ao poder regulamentar não compete revogar nem contrariar a letra ou o espírito da lei;

¹³ RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p.24.

VIII – o poder regulamentar está impedido de instituir novas formalidades que não constem na lei, mas apenas pode indicar a forma de seu cumprimento;
IX – o poder regulamentar se limita a suspender ou adiar a execução da lei desde que devidamente autorizado de forma explícita.¹⁴

Neste sentido, Victor Nunes Leal vislumbra na função normativa da Justiça Eleitoral nítida expressão de uma competência regulamentar, pressupondo, para a sua validade, obediência à lei regulamentada e à Constituição.¹⁵

No tocante às consultas que lhe são formuladas, em tese, sobre matéria eleitoral, ao respondê-las o Tribunal Superior Eleitoral se limita a interpretar normas legais ou constitucionais vigentes, definindo o seu alcance de modo a orientar tribunais regionais, partidos políticos, candidatos e eleitores, evitando conflitos no curso do processo eleitoral. Serve, portanto, para indicar a posição do Tribunal antes que o caso concreto apareça.

Assim, ao responder às consultas sobre matéria eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral desenvolve atividade de exegese, não lhe sendo permitido realizar modificação ou inovação legislativa, o que implicaria em usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional.

Impende salientar que, o Tribunal Superior Eleitoral, eventualmente, pode entender conveniente incluir nas instruções destinadas às eleições de determinado ano, a interpretação que a Corte proferiu em uma consulta, visando nortear a atuação dos tribunais regionais, juízes eleitorais, partidos políticos, candidatos e eleitores. Neste caso, essas instruções devem se sujeitar aos mesmos limites impostos àquelas expedidas com a finalidade de assegurar a fiel execução de uma lei eleitoral.

Como já visto, é admissível o exercício pela Justiça Eleitoral de poder normativo de cunho supletivo e criador, permitindo-lhe a expedição de resoluções para suprir as carências do direito legislado com a evolução de sua jurisprudência, como forma de assegurar a adaptação das normas eleitorais em face das mudanças entabuladas nas relações dos agentes políticos com o poder e com a sociedade, desde que a sua aplicação se mostre compatível com a constituição e com a lei.

Ressalte-se, ainda, que qualquer que seja a forma de expressão da função normativa da Justiça Eleitoral, deve haver conformidade com as disposições constitucionais, notadamente,

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1918, p.491.

¹⁵ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.216-217.

com os seus princípios. Neste sentido, o entendimento de Torquato Jardim, para quem, esse exercício de poder tem por limite óbvio “a Constituição, o que nela conste expressamente, o que ela contenha implicitamente e o que dela derive necessariamente conforme a natureza da *res publica eleitoral*.”¹⁶

5.2.2.1 Limites relativos aos princípios constitucionais

Princípios são premissas que norteiam o ordenamento jurídico. As instruções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral devem, necessariamente, submeter-se aos princípios constitucionais norteadores do sistema normativo. Os princípios constitucionais mais importantes que limitam o exercício do poder normativo da Justiça Eleitoral são o da legalidade, da razoabilidade, da separação dos poderes, da anualidade da lei eleitoral e da hierarquia das normas.

5.2.2.1.1 Princípio da legalidade

Na seção 1.3 deste trabalho, o princípio da legalidade e suas diversas acepções no ordenamento jurídico brasileiro já foram dissecados, ressaltando-se que no art. 5º, inciso II, da Constituição encontra-se assentando o princípio da legalidade genérica, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Sem embargo, deve-se salientar que o objetivo dos liberais do século XVIII de estabelecer o absoluto império da lei jamais foi alcançado, porquanto em pouco tempo se percebeu a incompletude das leis, que exigiu uma progressiva construção jurisprudencial, criadora até de novos institutos jurídicos. Em relação às atividades administrativas, também não demorou para que se percebesse a impossibilidade da lei estabelecer prévia e exaustivamente todos os atos que o administrador deveria praticar para proteger o interesse público.¹⁷

Em face da impossibilidade do legislador prever todas as situações que demandariam a atuação do Poder Público, foi necessário se conceder à Administração certa liberdade para determinar o conteúdo dos seus preceitos, passando as leis a serem mais gerais e menos determinadas, surgindo a técnica legislativa que recebeu o nome de discricionariedade. Após

¹⁶ JARDIM, Torquato, op. cit., 1998, p.46.

¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 38, p.87-88, 2002.

a discricionariedade, o princípio da legalidade teve a sua concepção originária ainda mais atenuada mediante a concessão de poderes normativos à Administração Pública a fim de que ela própria, não apenas o Poder Legislativo, estabelecesse normas gerais e abstratas, ou seja, criasse direito positivo, inovando no ordenamento jurídico. Esse fenômeno, iniciado no Estado Liberal tornou-se mais acentuado com o advento do Estado Social, gestor de inúmeras atividades econômicas e preponderantemente regulador.¹⁸

Com efeito, a concepção de que o Poder Legislativo deve concentrar todo o poder normativo do Estado não mais prevalece, considerando que o caráter lento e pouco técnico do processo inviabilizaria o desempenho das funções estatais na realidade contemporânea, cada vez mais complexas e dinâmicas. Tão importante quanto garantir a competência deste ou daquele órgão ou Poder estatal é buscar a realização dos valores de justiça e equidade do Estado de Direito por todos eles, criando-se mecanismos para se evitar arbítrios. Para Carlos Ari Sundfeld:

A adoção de um amplo sistema de regulamentos autônomos ou o controle da produção legislativa pelo Executivo não eliminou o Estado de Direito: ainda que a norma a aplicar (lei, regulamento, diretiva comunitária, não importa) não os favoreça ou induza, sua aplicação há de seguir um ‘catálogo de mandamentos’ que excluirá o arbítrio. [...] Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo).¹⁹

Neste caso, o exercício de poder normativo pelo Poder Executivo não se mostra incompatível com o Estado de Direito, nem ofende o princípio da legalidade, desde que realizado observando certos limites, ou seja, desde que realizado em consonância com as disposições da Constituição Federal e resguarde sempre o balizamento realizado pelo próprio Poder Legislativo. Por extensão, considerando a peculiaridade da tarefa administrativa e judicial exercida pela Justiça Eleitoral, notadamente, sua missão de controle do processo eleitoral em todas as suas fases, admite-se também a sua competência para expedir atos normativos, respeitando os mesmos limites.

Assim, a competência normativa da Justiça Eleitoral não pode tratar de matéria que se constitua em reserva absoluta de lei formal, ou seja, que institua tributos, defina crimes e penas e implique em restrição a direitos fundamentais. Em relação a tais matérias, a

¹⁸ Ibid., 2002, p.88.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.167.

Constituição Federal exige que o legislador as discipline de forma completa, sendo-lhe vedado deixar qualquer espaço para juízos discricionários, sejam eles administrativos ou judiciais. Contudo, deve-se ressaltar que, mesmo em caso de reserva absoluta de lei, é permitida a atividade interpretativa, ou seja, a Justiça Eleitoral pode responder a consultas formuladas sobre tais matérias, buscando dar uniformização na interpretação a ser dada à lei pelos diversos atores do processo eleitoral.

No caso de leis de baixa densidade normativa, ou seja, que chegam a iniciar a normatização de determinada matéria, sem pretender esgotá-la, admite-se o exercício do poder normativo da Justiça Eleitoral. Neste caso, a lei estabelece apenas os parâmetros gerais da regulamentação, a ser complementada com as resoluções da Justiça Eleitoral, que disporá de grande poder de integração da vontade do legislador.

Em contrapartida, as resoluções não podem criar direitos e obrigações não previstos em lei, devendo “situar-se *secundum e praeter legem*, sob pena de invalidação e, em atendimento ao disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal”²⁰ sujeitando-se aos mesmos princípios que vinculam o legislador comum.

Em outras palavras, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral podem inovar no ordenamento jurídico, desde que não extrapolem ou contrariem o ato normativo hierarquicamente superior que lhe serve de fundamento de validade, assim como a lei em sentido estrito também deve fazê-lo. O significante “lei” expresso na Constituição Federal não deve ser entendido como a lei em seu sentido estrito, mas deve abranger também os atos normativos revestidos de força legal.

Este deve ser o entendimento sobre o alcance do princípio da legalidade expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que deixa claro que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, mas permite pequena mitigação resultante da existência de atos que, sem serem leis propriamente ditas, como é o caso das resoluções da Justiça Eleitoral, acabam por fazer as suas vezes.

Para o ex- Ministro do Tribunal Superior Eleitoral Sepúlveda Pertence, o poder normativo da Justiça Eleitoral lhe permite, além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, colmatar suas lacunas técnicas, na medida das necessidades de

²⁰ RAMAYANA, Marcos, op. cit., 2007, p.78.

operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Contudo, não lhe é permitido corrigir a lei ou a Constituição, substituindo a opção do legislador pela de seus juízes, nem suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer o “silêncio eloquente”²¹ de uma ou de outra.²²

Por fim, em observância ao princípio da legalidade, as resoluções da Justiça Eleitoral devem guardar consonância com a lei e a Constituição, de modo que, faltando-lhes tais pressupostos, podem os tribunais eleitorais lhes negar aplicação.

5.2.2.1.2 Princípio da proporcionalidade

Os princípios constitucionais possuem atuação fundamental na efetivação de todo o ordenamento jurídico, porquanto atuam como ponto de partida para a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Outro princípio constitucional que limita materialmente o poder normativo da Justiça Eleitoral é o princípio da proporcionalidade, que proíbe intervenções ou limitações inadequadas ou desnecessárias de um direito fundamental efetuadas pelo legislador, de modo que deve ser declarada a inconstitucionalidade de um ato normativo quando a regulação não for idônea ou quando possa ser alcançada de algum outro modo que implique uma menor limitação do direito fundamental.²³ Ainda segundo Ana Maria D’Ávila Lopes:

A determinação do respeito ao princípio da proporcionalidade realiza-se através da análise da relação entre a finalidade da regulação e a realmente efetuada, visto ser uma relação causal entre meio e fim, implicando na proibição geral imposta a todo órgão estatal de não se exceder nas suas funções.²⁴

Este princípio encontra-se estreitamente relacionado ao controle de constitucionalidade, notadamente, quanto à possibilidade do vício de inconstitucionalidade substancial decorrer do excesso de poder legislativo. Para Canotilho:

[...] cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação

²¹ O chamado silêncio eloquente é uma concepção jurídica surgida na Alemanha, segundo a qual, em determinada circunstância, a lacuna ou o silêncio do legislador ou do constituinte se reveste de um propósito estratégico que tem significado pró-ativo, não constitui lacuna ou esquecimento. Ao contrário, evidencia um silêncio deliberado e consciente e não um vácuo legislativo que possa ser preenchido por meio de interpretação construtiva dos tribunais ou por normas infralegais.

²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 715**. RJTSE, Brasília, DF, v. 13. t.2.

²³ LOPES, Ana Maria D’Ávila, op. cit., 2001, p.194.

²⁴ LOPES, Ana Maria D’Ávila, op. cit., 2001, p.194.

(*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo. O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*).²⁵

Não obstante se refira de forma mais enfática ao excesso de poder legislativo, o princípio da proporcionalidade implica na proibição geral imposta a todo órgão estatal de não se exceder nas suas funções, devendo ser observado também por todos os Poderes que exerçam poder normativo, pois não seria razoável que o titular da atividade legislativa típica se sujeitasse a essa limitação imposta pela constituição e os demais Poderes ficassem livres de tais restrições.

Por outro lado, não se pode olvidar que os direitos políticos, aqueles que credenciam o cidadão para o exercício do poder ou para participar da escolha dos responsáveis pelo grupo social, são também direitos fundamentais, como observou José Luiz Quadros de Magalhães:

São direitos de participação popular no Poder do Estado, que resguardam a vontade manifestada individualmente por cada eleitor sendo que a sua diferença essencial para os Direitos Individuais é que, para estes últimos, não se exige nenhum tipo de qualificação em razão da idade e nacionalidade para o seu exercício, enquanto que para os Direitos Políticos, determina a Constituição requisitos que o indivíduo deve preencher.²⁶

Ora, todo regime jurídico dos direitos fundamentais, por se tratarem de direitos com estatura constitucional, deve estar obrigatoriamente fundado na Constituição, afastando a hipótese de regulamentação infraconstitucional. Assim sendo, os direitos fundamentais somente admitem restrições: a) impostas diretamente pela própria Constituição, expressa ou tacitamente, constituindo os chamados limites imanes; b) restrições indiretamente constitucionais, evidenciadas nas situações em que a possibilidade de condicionar o exercício pleno do direito está autorizada pela Constituição, por meio de cláusulas de reserva explícitas. Essas reservas são delimitadas formal e materialmente. No plano formal, tem-se que somente por intermédio de lei pode ser veiculada uma restrição indireta, já que não se concebe a redução de campo de abrangência de um direito fundamental que não tenha sido submetida ao exame dos representantes populares, observado o procedimento inerente ao ato. Em relação ao aspecto material, a limitação indireta deve preservar o conteúdo essencial do direito fundamental como garantia absoluta; c) restrições implícitas não se manifestam

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2002, p.617-618.

²⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos na ordem jurídica interna**. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais, 1992.

expressamente no texto da Constituição, mas afetam as regras plenamente permissivas, com o fim de preservar outros direitos e bens igualmente protegidos.²⁷

Por conseguinte, a Justiça Eleitoral, no exercício do seu poder normativo, não pode expedir atos normativos que impliquem em restrições aos direitos políticos, considerados direitos fundamentais, já que suas resoluções não se constituem em lei. Se o fizer, tais atos estarão eivados de inconstitucionalidade.

Por outro lado, deve-se salientar que o princípio da proporcionalidade deve ser observado não apenas quando as resoluções expedidas pela Justiça Eleitoral versarem sobre direitos fundamentais. Na verdade, este princípio deve nortear toda a atividade da Administração Pública, como sustentado por Celso Antônio Bandeira de Mello e acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão cujo trecho merece transcrição:

Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujo conteúdo ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifique o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente almejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-Cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação à própria lei. Onde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário.²⁸

Impende salientar que o Tribunal Constitucional alemão definiu o princípio da proporcionalidade como:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro

²⁷ PALMEIRA, Marcos Rogério. Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições. **Revista Sequência**, Santa Catarina, n. 43, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, p.132-137, dez. 2001, p.133-135.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial n.º 443.310-RS, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**, 21 out. 2003.

meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.²⁹

Nesta decisão, podem ser identificados dois elementos reconhecidos pela doutrina como subprincípios da proporcionalidade: a adequação e a necessidade, os quais, acrescidos da chamada proporcionalidade em sentido estrito, devem ser analisados em conjunto para que se possa conferir ao princípio da proporcionalidade a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.³⁰

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. Segundo Suzana Toledo de Barros, “a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea a consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional”.³¹

Por sua vez, o subprincípio da necessidade exige que se verifique se não existe outra medida menos gravosa para o indivíduo que se revele igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos, ou seja, para que determinada medida possa ser considerada desnecessária ou inexigível, é imprescindível que se indique outra medida menos gravosa e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado.

Sucedem, muitas vezes, a análise da adequação e necessidade não é suficiente para se determinar a justiça da medida restritiva adotada em determinada situação, já que dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido. Neste caso, deve-se recorrer ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que complementa os demais, e estabelece que deve haver uma razoável proporção entre o meio utilizado e o fim perseguido.

Assim, a validade de um ato normativo depende da aferição da sua adequação, necessidade e racionalidade, recorrendo-se à comparação entre a decisão sobre o meio escolhido e as hipotéticas decisões não adotadas, pois somente assim, pode se verificar se a finalidade perseguida pela norma reguladora, constitui a menor interferência possível e se é razoável.³²

²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.44.

³⁰ Ibid., 1996, p.73.

³¹ Ibid., 1996, p.74.

³² LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit., 2001, p.196.

Deste modo, a expedição de qualquer ato normativo pela Justiça Eleitoral deve respeitar o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, ou seja, deve ostentar harmonia entre os meios e os fins e comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico, pois caso contrário será passível de invalidação pelo Poder Judiciário.

5.2.2.1.3 Princípio da anualidade da lei eleitoral

O artigo 16 da Constituição Federal consagra o princípio da anualidade da Lei Eleitoral, ao estabelecer que “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

A norma acima referida, também denominada de princípio da anterioridade da Lei Eleitoral, tem por finalidade evitar que, às vésperas das eleições, sejam criadas leis casuísticas, usualmente em benefício do partido majoritário no Parlamento, prejudicando, muitas vezes, a própria legitimidade do pleito, como ocorria no período do regime militar. Sobre o assunto, Aroldo Mota pontifica:

O partido majoritário no Congresso Nacional sempre foi expedito no sentido de legislar, casuisticamente, em seu benefício no ano eleitoral e motivo de muita crítica dos outros partidos e segmentos da sociedade. O regime autoritário (1964-1988) foi fértil, por meio de seu partido – Arena e depois PDS – em modificar a legislação eleitoral no período de eleição, modificações essas para assegurar melhor vantagem para o grêmio na disputa política.³³

Este princípio está estreitamente relacionado ao princípio constitucional da segurança jurídica, na medida em que o processo eleitoral precisa se desenvolver com base em regras previamente estabelecidas, de modo que os partidos políticos, os candidatos e os cidadãos não sejam surpreendidos com alterações momentâneas e circunstanciais das normas que o regulam. Segundo Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira:

O princípio da anualidade eleitoral – também conhecido como ‘antinomia eleitoral’ ou conflito de leis no tempo – é a expressão máxima da Democracia, lastreado no princípio do *rules of game*, ‘não se pode mudar as regras do jogo no meio do campeonato’, traduzindo para a seara jurídica eleitoral, não se pode fazer leis casuísticas para preservar o poder político, econômico ou de autoridade.³⁴

Na mesma linha de entendimento, Torquato Jardim salientou a importância deste princípio constitucional, que pretendeu “impedir mudanças pouco éticas de última hora a

³³ MOTA, Aroldo. **Direito Eleitoral na constituição, na jurisprudência e na legislação**. Fortaleza: ABC, 2002, p.41.

³⁴ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Preleções de direito eleitoral**. Direito material. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. t. I, p.02.

alterar, por exemplo, o prazo de domicílio eleitoral ou de filiação partidária, ou a redivisão territorial dos municípios”.³⁵

No julgamento da ADI 3.685, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o princípio da anualidade da lei eleitoral constitui cláusula pétrea da Constituição Federal por representar garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello), além de conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, de modo que a burla ao que dispõe o art. 16 afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).³⁶

Deve-se observar que não são todas as leis eleitorais que se submetem ao princípio da anualidade, mas somente aquelas que alteram o processo eleitoral. Por conseguinte, as leis que não trazem modificação ao processo eleitoral podem ser publicadas a qualquer momento e já incidirem nas eleições em curso, ainda que publicadas com menos de um ano de antecedência. A distinção pode parecer simples, no entanto, a interpretação do significado da expressão “processo eleitoral” tem acarretado muita discussão na doutrina e na jurisprudência.

³⁵ JARDIM, Torquato. Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n. 119, p.30-37, jul./set. 1993, p.34.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.685-DF, Relatora: Min. Ellen Gracie, Requerente: Conselho Federal da OAB, Julgamento: 22/03/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, 10 ago. 2006, p. 00019. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16) e às garantias individuais da segurança jurídica e do devido processo legal (CF, art. 5º, caput, e LIV). Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. arts. 60, § 4º, IV, e 5º, § 2º, da CF. [...] 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.

Alguns juristas defendem que o termo deve ser considerado em sentido restrito, de modo que o princípio da anualidade proibiria somente mudanças de natureza adjetiva ou processual, mas não vedaria mudanças de natureza substantiva ou material, já que processo eleitoral e Direito Eleitoral são termos que não se confundem. Por outro lado, outros autores defendem que o termo “processo eleitoral” deve ter uma concepção mais ampla, abrangendo o alistamento de eleitores, o registro dos candidatos, a propaganda eleitoral, a votação, a apuração, a proclamação e a diplomação dos eleitos e até mesmo certos aspectos da legislação partidária.

Joel Cândido entende que a expressão “processo eleitoral” deve ser entendida em sentido restrito, sustentando que somente as normas de direito material da legislação eleitoral são imutáveis a menos de um ano do pleito, não se incluindo na proibição as normas adjetivas. Este o seu posicionamento:

[...] são imutáveis, pelo Princípio da Anualidade da Lei Eleitoral, só as normas que estabelecem os parâmetros igualitários entre os partidos, no pleito, e não aquelas que apenas instrumentalizam o processo, incapazes, por isso, de gerar surpresas ou desequilíbrios na eleição e no seu resultado. Geralmente, as normas imutáveis da lei eleitoral, à luz do art. 16 da Constituição Federal, situam-se na Fase Preparatória do microprocesso eleitoral e são de **natureza material**. As relativas às convenções, a inelegibilidades e incompatibilidades, às coligações, ao número de candidatos, a alguns prazos; ao registro e à impugnação aos recursos financeiros das campanhas, à propaganda, entre outras, são alguns exemplos desta espécie. Das que não se incluem na proibição da Lei Maior, e que normalmente são **adjetivas** e pertinentes às outras fases do microprocesso eleitoral, temos as normas pertinentes às medidas preliminares à votação e apuração; à contabilidade e escrituração dos votos; as relativas à fiscalização da votação e do escrutínio pelas partes do processo eleitoral; à proclamação dos resultados e diplomação do pleito; aos crimes e aos processo, penal e civil eleitoral, etc.³⁷ (Grifou-se).

Por sua vez, Thales Tácito Cerqueira sustenta que “sem dúvida alguma, a conceituação de ‘processo eleitoral’ mais correta é a ampla e não restrita, eis que dentro da teleologia da proibição de leis casuísticas que mudem as regras do jogo”.³⁸

Sem embargo, no julgamento da ADI 354, em 24.09.1990, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o conceito de processo eleitoral para fins de determinação do alcance do Princípio da Anualidade deve ser considerado em seu sentido estrito, uma vez que “processo eleitoral” é espécie do gênero “Direito Eleitoral”. Deste modo, o princípio incide somente em relação às leis que estabelecem os parâmetros igualitários entre os partidos políticos e seus candidatos, no pleito, em geral normas de natureza material. Por outro lado, as leis eleitorais de natureza adjetiva, que apenas instrumentalizam o processo eleitoral, não apresentando

³⁷ CÂNDIDO, Joel J., op. cit., 2005, p.18-19.

³⁸ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua, op. cit., 2006, p. 6.

aptidão para gerar surpresas ou desequilíbrios na eleição e no seu resultado, não se sujeitam ao referido princípio, podendo ser editadas a menos de um ano da eleição.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi ratificado no julgamento da ADI 3.345, relatada pelo Ministro Celso de Mello que sustentou:

A norma inscrita no artigo 16 da Carta Federal, consubstanciadora do princípio da anterioridade da lei eleitoral, foi enunciada pelo Constituinte com o declarado propósito de impedir a deformação do processo eleitoral mediante as alterações casuisticamente nele introduzidas, aptas a romperem a igualdade de participação dos que nele atuem como protagonistas principais: as agremiações partidárias, de um lado, e os próprios candidatos, de outro.³⁹

Nas eleições de 2006, em virtude da omissão do Congresso Nacional ocasionada pelos diversos escândalos e instalações de Comissões Parlamentares de Inquérito que o envolveram (“mensalão”, “operação sanguessuga”, caixa dois em campanhas eleitorais etc.), a Lei n.º 11.300, denominada por alguns de “minireforma política”, somente veio a ser sancionada e publicada no dia 11 de maio, ou seja, a menos de cinco meses do pleito. Esse diploma legal trouxe várias alterações relacionadas a doações para campanhas eleitorais, prestação de contas, propaganda eleitoral, dentre outras, gerando a expectativa de que não seriam aplicadas àquele pleito em face do Princípio da Anualidade. Todavia, por ocasião do julgamento da ADI 3.741, que questionava a constitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 11.300 por infringência a este princípio, o Supremo Tribunal Federal manteve o mesmo entendimento sobre a sua abrangência, tendo o relator – Min. Ricardo Lewandowsky – afirmado que este somente pode ser cogitado quando ocorrer:

1) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; 2) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; 3) a introdução de fator de perturbação do pleito; ou 4) a promoção de alteração motivada por propósito casuístico.⁴⁰

Deste modo, com base no reiterado entendimento da Corte Constitucional brasileira e do próprio Tribunal Superior Eleitoral, leis que tratam de mudanças na Lei de Inelegibilidades (TSE, Consulta n.º 11.173/90), emancipação de municípios, alteração no número de cadeiras das Câmaras Municipais (TSE, ARespe n.º 19.830), modificações no processo penal eleitoral que recebe subsídios da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, alterações em crimes eleitorais e prestações de contas, dentre outras, podem ter eficácia imediata, pois não

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.345-DF, Relator Min. Celso de Mello, Requerente: Partido Progressista-PP. Julgamento: 04/10/2005. **Diário de Justiça**, 10 nov. 2005, p.0045.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.741-DF, Relator Min. Ricardo Lewandowsky, Requerente: Partido Social Cristão-PSC. Julgamento: 06/09/2006. **Diário de Justiça**, 23 fev. 2007, p.00171.

violam o processo eleitoral. Em sentido oposto, as leis que alteram o processo penal eleitoral autônomo, ou seja, com regras próprias e definidas no Código Eleitoral, e as que modificam a legislação partidária (filiação, convenções etc.), por exemplo, violam o processo eleitoral e, por isso, devem ser publicadas antes de um ano da data da eleição para que possam ser aplicadas àquele pleito.⁴¹

Outra questão relacionada ao princípio da anualidade diz respeito à sua aplicação às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. Para alguns doutrinadores, “embora as instruções normativas do Tribunal Superior Eleitoral tenham força de lei, não são leis propriamente ditas, já que na sua elaboração não se submetem a processo legislativo, de sorte que não podem ter sua expedição limitada a esse princípio”.⁴² Para outros autores, no entanto, a interpretação gramatical do artigo 16 da Carta Magna criaria uma hipertrofia de poder, uma desarmonia que violaria o Princípio Constitucional da Separação de Poderes, uma vez que o Tribunal Superior Eleitoral atuaria como legislador positivo sem estar sujeito ao próprio limite imposto pelo artigo 16 da Constituição Federal.⁴³

Assim, não obstante o artigo 16 da Constituição Federal se refira expressamente à lei, este princípio se aplica também às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que alterem o processo eleitoral, privilegiando-se a exegese teleológica em detrimento da literal.

Como já visto, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral podem constituir ato normativo primário, de caráter autônomo e alcance geral, quando normatizam situação não regulada pela norma legal eleitoral de apoio, ou ato normativo secundário, de caráter acessório, quando se limitam a explicitar ou interpretar uma lei eleitoral.

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que se constituem em ato normativo secundário não se subordinam ao princípio da anualidade, porquanto não inovam o ordenamento jurídico, mas tão somente explicitam ou interpretam uma lei eleitoral. Neste caso, a lei regulamentada é que deve ter observado o princípio constitucional mencionado, caso altere o processo eleitoral. É o que ocorre, por exemplo, com as instruções expedidas com fundamento no artigo 105 da Lei n.º 9.504/97 – Lei das Eleições –, que se limitam a explicitá-la a fim de assegurar a sua execução. Por outro lado, as resoluções da Justiça

⁴¹ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua, op. cit., 2006, p.552.

⁴² FLORES, Ana Eloise de Carvalho; FERNANDES, Rosana Spiller. Poder Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. **Revista Resenha Eleitoral**, Santa Catarina, Nova Série, v.14, 2007, p.17.

⁴³ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua, op. cit., 2006, p.7.

Eleitoral que se caracterizam como ato normativo primário, isto é, que criam norma inexistente que altere o processo eleitoral, estas sim devem respeitar o limite de um ano da eleição para que possam ser aplicadas.

O princípio da anualidade ou anterioridade da lei eleitoral, portanto, proporciona uma segurança mínima para o processo eleitoral e para a igualdade entre partidos e candidatos, contribuindo para que o ordenamento jurídico seja mais legítimo e desfrute de maior estabilidade.

5.2.2.1.4 Princípio da hierarquia das normas

A submissão de todos à ordem jurídica, em cujo ápice encontra-se a Constituição, é apanágio do Estado Democrático de Direito.

Segundo a clássica formulação de Hans Kelsen, o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas, escalonado com normas de diferentes valores, ocupando cada uma delas uma posição intersistemática, formando um todo harmônico.⁴⁴ Segundo a teoria da construção escalonada das normas jurídicas, Kelsen afirmou que:

[...] uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.⁴⁵

A Constituição, portanto, é o documento jurídico de maior relevo na vida de um Estado, por ser a sua lei soberana, que serve de fundamento para toda a ordem jurídica, postando-se como suporte de validade de todas as normas jurídicas e figurando com a matriz de toda e qualquer manifestação normativa estatal. Como corolário do princípio da supremacia constitucional, todos os atos normativos de um determinado ordenamento jurídico devem estar em conformidade com a Constituição, sob pena de serem considerados inválidos.

A partir dessa unidade que as normas constitucionais propiciam ao sistema normativo, promana a concepção de superioridade de uma norma em relação às demais, ou seja, todas as normas que se encontram hierarquicamente abaixo da Constituição, chamadas de normas jurídicas infraconstitucionais, devem se conformar às normas constitucionais, seja em relação

⁴⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.12.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.248.

ao procedimento de sua criação, seja quanto ao aspecto do seu conteúdo, pois as normas constitucionais é que emprestam validade às demais normas do sistema.

Em decorrência dessa superioridade, devem ser extirpados do ordenamento jurídico em que exista uma Constituição rígida em vigor quaisquer atos contrários a ela que tenham a pretensão de produzir efeitos jurídicos. Neste sentido, Ana Maria D'Ávila Lopes pontifica: “O princípio da soberania constitucional fundamenta o controle de constitucionalidade das leis. Dele pode-se afirmar que se trata da síntese entre o princípio da soberania popular e o princípio da soberania das leis; fundamentos básicos do controle constitucional.”⁴⁶

Segundo o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, a hierarquia das normas pressupõe a existência de um campo material comum, de forma que há hierarquia sempre que o ato subordinante delimite a área material de atuação do subordinado, isto é, sempre que o ato inferior extraia o seu fundamento de validade de outro este lhe é superior, e, em consequência, instaura-se uma relação hierárquica.⁴⁷

A competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir resoluções contendo instruções para execução da lei eleitoral tem previsão na própria lei eleitoral. Assim, a lei e as instruções atuam na mesma área material, sendo que as instruções encontram seu fundamento de validade na lei que as autoriza. Por conseguinte, as instruções normativas, normas subordinadas, devem obrigatoriamente observar a hierarquia das normas, não podendo extrapolar os limites impostos pela lei e pela Constituição Federal como fonte primaz, tanto das leis quanto das instruções. Por outro lado, se as resoluções eleitorais se constituírem em ato normativo primário, de caráter autônomo, normatizando situação não regulada por norma eleitoral, sobre matéria relacionada ao controle do processo eleitoral, devem observar os limites impostos pela Constituição, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade.

Destarte, a invocação ao princípio da hierarquia das normas se constitui em um dos recursos disponíveis para solucionar os conflitos que os atos normativos podem provocar.

⁴⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit., 2001, p.112.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, Academia Brasileira de Direito Tributário, a. 7, n. 26, jan./mar. 1999, p.17.

5.3.2.1.5 Princípio da separação dos poderes

Como já visto na seção 1.2 deste trabalho, a teoria da separação dos poderes foi objeto de diversas interpretações ao longo da História, jamais tendo sido aplicada na forma que foi concebida originalmente por Montesquieu.

Na verdade, a substância deste princípio consiste na divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando uma salutar repartição de trabalho e um obstáculo à indesejável concentração do poder. Merecem destaque as considerações de Karl Loewenstein sobre a forma como a separação dos poderes deve ser atualmente entendida:

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 – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, 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. O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como a separação dos poderes estatais, 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.⁴⁸

A evolução histórica fez com a concepção da teoria da separação dos poderes formulada por Montesquieu, considerada como a destinação do poder estatal a três órgãos distintos, cujo exercício seria feito de maneira estanque e incomunicável, tornou-se obsoleta. Todavia, isso não deve implicar na extinção da teoria, mas que esta seja utilizada como técnica de distribuição de funções distintas entre órgãos relativamente separados, que devem atuar com harmonia e equilíbrio, visando a garantia das liberdades.

Uma das consequências da relativização da ideia absoluta da separação de poderes em virtude da nova realidade constitucional é a possibilidade de exercício de função normativa por outros poderes. O amplo poder normativo conferido a outros órgãos e entidades da Administração Pública não contraria o princípio constitucional da separação dos poderes, nem os fundamentos do Estado de Direito. As exceções para que outros órgãos exerçam funções que não lhe são típicas devem ser justificadas pelo interesse público e devem ter como parâmetro os valores do Estado de Direito, o respeito aos princípios constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais.

⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., 1976, p.56.

O princípio da separação de poderes deve ser entendido como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade, não se constituindo em um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista.⁴⁹

Não se pode olvidar, no entanto, que no Brasil, o princípio da separação dos poderes encontra-se positivado no artigo 2º da Constituição Federal que giza que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo considerado cláusula pétrea. Neste caso, deve-se respeitar a independência e a harmonia entre os Poderes. Em relação à independência, deve-se considerar que, no exercício das atribuições que lhes são próprias, consoante disposições constitucionais e legais, cada Poder é livre para atuar, não necessitando consultar ou solicitar autorização dos demais. A Constituição assegura uma amplitude de independência a cada órgão que exerce determinada função, vedando a interferência excessiva de um poder no outro e, por conseguinte, a sua desfiguração. Em relação à harmonia, deve haver consciente colaboração e controle recíproco entre os poderes, sendo vedado o domínio de um pelo outro e a usurpação de atribuições.

Assim, admite-se o exercício de poder normativo pela Justiça Eleitoral, desde que respeitados os limites impostos pela Constituição e pela lei, de modo que não haja hipertrofia de um Poder em detrimento de outro. Neste sentido, as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral não podem invadir reserva de lei, de competência do Parlamento e do Presidente da República como, por exemplo, as matérias indicadas nos artigos 22, I; 48; e 84, IV, da Constituição Federal.

Em regra, a atividade normativa da Justiça Eleitoral deve ter caráter eminentemente executório, regulamentar e instrumental, visando garantir a efetivação das leis eleitorais, as quais não pode contrariar. Contudo, como já visto anteriormente (seção 4.4) admite-se ainda a competência normativa supletiva da Justiça Eleitoral, com possibilidade de inovar o ordenamento jurídico, desde que realizada com o objetivo de cumprir sua finalidade de garantir a soberania da vontade popular e a lisura dos pleitos eleitorais, por meio do controle do processo eleitoral, assegurando a verdade das urnas. Neste caso, cabe-lhe não apenas regulamentar ou interpretar a legislação eleitoral, mas também completar suas carências,

⁴⁹ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.238, n.38, out./dez. 2004.

quando for estritamente necessário e desde que não contrarie a própria lei ou a Constituição Federal.

Todavia, nem sempre esses limites são respeitados, em certos casos, as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral já chegaram a definir crime e cominar penas⁵⁰; disciplinar matéria reservada a lei complementar; e invadir a competência legislativa do Parlamento em matérias previstas no artigo 22, inciso I, da Carta Magna. Alguns casos recentes que causaram grande discussão no meio jurídico merecem abordagem mais aprofundada.

5.2.3 Análise crítica ao Recurso Ordinário n.º 748 do TSE

O Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento do Recurso Ordinário n.º 748, resolveu suprir uma omissão da legislação eleitoral, fixando o prazo de cinco dias para o ajuizamento de representação que tenha por objeto apurar a prática de condutas vedadas previstas no artigo 73 da Lei n.º 9.504/97, contados da prática do ato ou da data em que o interessado dele tomar conhecimento.

Naquele processo, o Ministério Público Eleitoral havia ingressado com uma representação com fundamento no artigo 96 da Lei n.º 9.504/97, imputando a prática de conduta vedada a Almir José de Oliveira Gabriel e outros, que teriam veiculado propagandas institucionais do Governo do Estado do Pará por intermédio de placas publicitárias expostas em um estádio de futebol onde se realizou um torneio com grande participação popular, no período vedado por lei. O Tribunal Regional do Pará reconheceu a prática da propaganda institucional em período vedado, mas não aplicou a penalidade da cassação dos diplomas dos representados, por entender que não houve prova de que o ato beneficiou os candidatos. O Ministério Público Eleitoral do Pará interpôs Recurso Ordinário pugnando pela reforma da decisão e cassação dos diplomas dos representados.

Durante o julgamento do recurso, o Ministro Relator Luís Carlos Lopes Madeira observou que o ato sob julgamento havia sido praticado desde o mês de maio de 2002, no entanto, o Ministério Público Eleitoral deixou para ajuizar a representação somente após o

⁵⁰ O art. 4º da Resolução nº 16.402/90 trouxe a seguinte disposição: Constitui crime eleitoral, punível com a pena de detenção de seis meses a um ano e cassação do registro se o responsável for candidato, a divulgação de qualquer espécie de propaganda política na data da eleição, mediante publicação, faixas, cartazes, dísticos em vestuários, postos de distribuição ou entrega de material, e qualquer forma de aliciamento, coação, ou manifestação tendente a influir coercitivamente, na vontade do eleitor, junto às seções eleitorais ou vias públicas de acesso às mesmas. As eleições de 1990 foram disciplinadas pela Lei 7.773/88 e pelo Código Eleitoral, que não trazem previsão desta conduta delituosa.

resultado do segundo turno das eleições, já que inexistia prazo na lei. Por este motivo, levantou uma questão de ordem, propondo que o Tribunal Superior Eleitoral definisse o prazo para o ajuizamento das representações pertinentes às condutas vedadas a que se refere a Lei n.º 9.504/97, sugerindo as datas das respectivas eleições – primeiro ou segundo turno, salvo se a conduta houver sido praticada na antevéspera, véspera, ou no próprio dia das eleições, para o que seria estabelecido o prazo de três dias, contado do ato.

Segundo o entendimento do referido relator, a atuação do Ministério Público Eleitoral estava desprovida de interesse público, uma vez que as placas se encontravam no estádio desde o mês de maio, de forma presumidamente pública, mas o órgão fiscal da lei, ao invés de buscar a imediata cessação da conduta vedada como permite o parágrafo 4º do artigo 73 da Lei n.º 9.504/97, permitiu a continuidade do ato até o término do segundo turno da eleição, quando só então resolveu ajuizar a representação, tutelando tardiamente os interesses de certo candidato derrotado nas urnas.

A discussão da questão de ordem suscitou acirrados debates sobre o cabimento da fixação de tal prazo; qual deveria ser o mesmo; se tal prazo seria decadencial ou simplesmente acarretaria falta de interesse de agir; e se a medida evitaria o ajuizamento de representações oportunistas ou implicaria em esvaziamento da atuação do Ministério Público Eleitoral e do próprio Poder Judiciário Eleitoral no combate às condutas vedadas.

O Tribunal Superior Eleitoral acabou decidindo, por maioria, em fixar em cinco dias o prazo para ajuizamento das representações que versem sobre as condutas vedadas pela Lei n.º 9.504/97. Foram vencidos no julgamento: o Ministro Caputo Bastos, que defendia que o prazo deveria ser de quarenta e oito horas do ato, aplicando-se o artigo 96, § 5º, da aludida lei por analogia, já que este é o prazo para apresentação da defesa pelo representado; e os Ministros Marco Aurélio de Mello e César Asfor Rocha, que se posicionaram pela rejeição da questão de ordem.

Esse acórdão foi inusitado, porquanto o caso concreto não tratava originalmente da tempestividade ou não da representação, de modo que nenhuma das partes envolvidas suscitou tal questão. O objetivo do Ministério Público Eleitoral era obter a cassação dos representados que teriam obtido benefício com a prática da conduta vedada. A matéria somente foi ventilada em virtude do Tribunal Regional do Pará ter feito observação no sentido de que o fato do Ministério Público Eleitoral ter aguardado o resultado final da eleição para

atuar desqualificava a representação, ou seja, faltava-lhe interesse jurídico. Assim, por se mostrar totalmente desnecessária para a apreciação do mérito do recurso ordinário, sendo inteiramente prescindível para o julgamento do caso concreto, pode-se concluir que se mostrou equivocada a suscitação da aludida questão de ordem.

Por outro lado, se a questão não tinha relevância para o deslinde do caso concreto e não se tratava da expedição de instrução, nem de resposta a consulta, qual seria então a natureza jurídica da referida decisão? Parece óbvio que a intenção do Tribunal Superior Eleitoral foi a de criar um precedente judicial com efeitos vinculantes, o que, na prática, acabou se verificando, uma vez que os juízes e tribunais eleitorais, após a decisão, passaram a não mais aceitar representações relativas à prática de condutas vedadas após o decurso do prazo estabelecido pelo Tribunal Superior Eleitoral, inclusive em relação a processos que já estavam tramitando quando a questão de ordem foi decidida, como se fosse verdadeira súmula vinculante, instrumento de aplicação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se ainda que a matéria enfrentada – a fixação de prazo decadencial para ajuizamento de representação – se constitui em reserva de lei por versar sobre prazo processual decadencial integrante do Direito Processual Civil e do Direito Eleitoral, somente podendo ser disciplinada pelo Congresso Nacional, segundo determinar o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Se a legislação eleitoral não fixou prazo para esta hipótese, deve se entender que o Poder Legislativo não quis impor limite temporal para o exercício deste direito, tratando-se do chamado silêncio eloquente, não podendo a lacuna ser colmatada pelo Poder Judiciário. Neste sentido, Adriano Soares da Costa afirmou:

No Direito Eleitoral os prazos são submetidos ao bloco da legalidade, razão pela qual deverão ser criados pela legislação, justamente para que se preserve a segurança jurídica, impedindo que os direitos subjetivos públicos sejam mondados. Não pode o Judiciário criar prazos decadenciais, destarte, a pretexto de colmatar lacuna legal ou de dar musculatura a qualquer outro princípio jurídico por mais relevante que seja. Aqui, não se admite legitimamente a possibilidade de manejo de “razões” superiores ou justificadoras, para alterar o ordenamento jurídico por meio de interpretações que simplesmente são expressões do voluntarismo jurídico, que deseja substituir-se ao legislador por meio de argumentações sem vínculos com o sistema jurídico que deve ser aplicado.⁵¹

O mencionado autor observa ainda que o próprio Tribunal Superior Eleitoral já havia se manifestado no sentido da não possibilidade de criação de prazos decadenciais pelo julgador:

⁵¹ COSTA, Adriano Soares da. **Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art. 96 da Lei Eleitoral**. Disponível em: <<http://www.adrianosoares.com/midias/PrazoDecadencialdeRepresentacaoEleitoral.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

“Representação. Prazo. Não é dado ao julgador criar prazo de decadência de que a lei não cuida. Menos ainda invocando pretensa isonomia com o estabelecido para a resposta.”⁵²

Neste caso, chega-se facilmente à conclusão que o Tribunal Superior Eleitoral disciplinou matéria reservada a lei, usurpando competência do Poder Legislativo, extrapolando o limite material do seu poder normativo, sem falar da impropriedade do veículo utilizado – questão de ordem em recurso ordinário – maculando o ato de inconstitucionalidade por violação ao princípio da separação de poderes. Esta circunstância não passou despercebida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, que na ocasião assim se manifestou:

[...] Presidente, estou mais perplexo ainda, porque simplesmente surge prazo que nada tem a ver com o processo. Fui informado pelo relator que, muito embora o Ministério Público tenha entrado tempos após o acontecimento glosado pelo art. 73, não haverá aplicação nesse caso. Isso só informa que se passa a atuar no campo legiferante, porque não se está interpretando a lei para aplicação no caso concreto. Estar-se-á realmente legislando sobre o tema e acho perigosíssimo da parte do Tribunal fazer isso sem que seja, sequer, via resolução para disciplinar as eleições.⁵³

Assim, por importar o referido ato em violação ao princípio constitucional da separação de poderes que repercute necessariamente no equilíbrio e harmonia entre os Poderes, o Poder Legislativo, que teve sua competência invadida, pode valer-se do mecanismo dos freios e contrapesos, expresso nesse caso no artigo 49, incisos V e XI, da Constituição Federal e sustar o referido ato, preservando as suas atribuições.

Posteriormente, o próprio Tribunal Superior Eleitoral resolveu rever o seu posicionamento em relação a essa matéria, passando a entender que a representação por prática da conduta vedada com esteio no artigo 73 da Lei n. 9.504/97 pode ser proposta até a data das eleições e, somente a partir daí, haverá a perda do interesse de agir. Este novo entendimento, já sedimentado na jurisprudência da corte máxima eleitoral foi expresso nos seguintes julgados: Agravo de Instrumento n.º 8.134, Relator Ministro Marcelo Ribeiro, DJ de 30/6/08; Recurso Especial n.º 25.788, Relator Ministro Gerardo Grossi, DJ de 11/10/07; e Recurso Especial n.º 25.745, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 8/8/07, restando reconhecida a impropriedade da fixação do mencionado prazo decadencial pelo Poder Judiciário Eleitoral.

⁵² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE 15.322/CE, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. **Diário de Justiça**, 24 mar. 2000, p.126.

⁵³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n.º 748 – Belém-PA, rel. Luiz Carlos Lopes Madeira. Julgamento 24/05/2005. **Diário de Justiça**, 26 ago. 2005, p.00174.

5.2.4 *Análise crítica à Resolução 22.610 do TSE*

O Partido da Frente Liberal, atualmente denominado de Democratas, formulou consulta ao Tribunal Superior Eleitoral sobre a possibilidade do partido preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional na hipótese de transferência do candidato eleito para outra agremiação partidária, nos seguintes termos:

Considerando que o teor do artigo 108 da Lei n.º 4.737/95 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos. Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE: Os partidos e coligações têm o direito de preservar a 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?⁵⁴

O Tribunal Superior Eleitoral, por seis votos a um, respondeu afirmativamente a consulta, expressando o entendimento de que os partidos e 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. Posteriormente, esse entendimento foi estendido aos cargos majoritários com a resposta à consulta n.º 1.407-DF, formulada pelo Deputado Federal Nilson Mourão do Partido dos Trabalhadores – PT do Acre, que indagava: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”.

O voto divergente coube ao Ministro Marcelo Ribeiro que ponderou que, segundo sua convicção, não há previsão na Constituição nem mesmo nas normas infraconstitucionais, quanto à perda de mandato eletivo por ato de infidelidade partidária, sendo taxativa a Carta Política ao elencar os casos de perda de mandato no seu art. 55.

O posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral na Consulta n.º 1.398-DF fez com que o Partido Popular Socialista - PPS, Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB e Democratas - DEM, formassem pedido ao presidente da Câmara dos Deputados – o Deputado Federal Arlindo Chinaglia (PT-SP) – consistente na restituição dos mandatos dos

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n.º 1398-DF. Rel. Min. César Asfor Rocha. Consulente: Partido da Frente Liberal-PFJ. **Diário de Justiça**, 08 maio 2007, p.00143.

parlamentares que haviam sido eleitos sob suas legendas e migraram para outras agremiações, no entanto, seus pedidos não foram acolhidos, porquanto, segundo Arlindo Chinaglia, a Consulta não faz coisa julgada, contendo tão somente o entendimento da Corte sobre a questão. Sustentou o presidente da Câmara, que o Regimento da Câmara dos Deputados e a própria Constituição Federal não trouxeram previsão da restituição do mandato parlamentar ao partido em caso de infidelidade partidária, sendo cabível a convocação dos suplentes somente nas hipóteses de falecimento, renúncia ou perda de mandato, ou quando o titular assumir cargo de ministro de Estado, governador, prefeito, secretário de Estado ou chefe de missão diplomática ou ainda, quando se licenciar por mais de cento e vinte dias.

Irresignados com o indeferimento dos pleitos, os partidos políticos em apreço impetraram mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal – Corte competente para processar e julgar, originariamente, os *writs* contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados – com a finalidade de reconquistar os mandatos de vinte e três parlamentares que migraram para outras agremiações partidárias e, conseqüentemente, fazer valer o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral.

O julgamento dos três mandados de segurança foi feito em bloco, tendo como relatores o ministro Eros Grau (MS n.º 26.602), o ministro Celso de Mello (MS n.º 26.603) e a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (MS n.º 26.604). Após dois dias de julgamento, o Supremo Tribunal Federal indeferiu os mandados de segurança n.ºs 26.602 e 26.603, porquanto os parlamentares “infieis” migraram para outras agremiações políticas antes da Consulta n.º 1.398-DF e, portanto, antes do posicionamento do TSE, e deferiu, parcialmente, o mandado de segurança n.º 26.604, já que somente a Deputada Federal pelo Estado da Bahia Jusmari Oliveira trocou de legenda após a resposta à consulta pelo TSE.

Para regulamentar o processo de perda de cargo eletivo e assegurar aos mandatários o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, nos seguintes termos:

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfiliou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfiliou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposse, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República.

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Parágrafo único - Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Marco Aurélio - Presidente. Cezar Peluso - Relator. Carlos Ayres Britto. José Delgado. Ari Pargendler. Caputo Bastos. Marcelo Ribeiro.

Brasília, 25 de outubro de 2007.⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 22.610. Relator Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça**, 27 mar. 2008.

Como se pode observar, o Tribunal Superior Eleitoral definiu as datas e o procedimento para que o partido político ingresse na Justiça Eleitoral para reaver o mandato do parlamentar infiel, bem como estipulou algumas hipóteses em que o político não sofrerá punição quando mudar de partido, quais sejam: incorporação ou fusão de partido, criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal. Outrossim, estabeleceu que além do partido político que perdeu a vaga, podem ingressar na Justiça Eleitoral para reaver os mandatos dos parlamentares infiéis, os suplentes e o Ministério Público Eleitoral, sendo a competência para processo e julgamento da ação estabelecida de acordo com o mandato que se pretende decretar a perda, isto é, para mandatos federais a competência é do TSE, nos demais casos a competência pertence ao Tribunal Regional Eleitoral do respectivo Estado.

Esta resolução foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4086 – ajuizada pelo Procurador-Geral da República por diversos motivos. Inicialmente, ressalta-se que o artigo 121 da Constituição Federal reserva à Lei Complementar a definição de competência dos Tribunais, Juizes e Juntas Eleitorais, de modo que o Tribunal Superior Eleitoral não poderia dispor sobre referida matéria, determinando a si próprio o processo e julgamento dos pedidos de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária e aos Tribunais Regionais Eleitorais os demais casos, pois, assim agindo, criou competência por via imprópria.

Além disso, ao instituir direito eleitoral novo sobre a perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária, bem como ao deixar sem penalidade as desfiliações ocorridas por “justa causa”, invadiu a reserva de lei, de competência do Parlamento e do Presidente da República (art. 22, I 48; 84, IV, CF).

Houve, ainda, invasão da competência legislativa do Congresso Nacional ao dispor sobre matéria processual ao tratar sobre: a) a forma da petição inicial e das provas (art. 3º); b) o prazo para a resposta e consequências da revelia (art. 4º caput e parágrafo único); c) os requisitos e direitos da defesa (art. 5º); d) o julgamento antecipado da lide (art. 6º); e) a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e parágrafo único; art. 8º); e f) as instruções de julgamento e recursos (art. 9º e 11).

Ademais, ao estabelecer que “quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subsequentes,

quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral”, o Tribunal Superior Eleitoral criou uma nova atribuição para o Ministério Público, violando a reserva de lei prevista na Constituição (art. 128, §5º, c/c 129, IX, CF).

Deste modo, ao criar todo o instrumental processual para a perda do mandato, em caso de infidelidade partidária, o Tribunal Superior Eleitoral assumiu papel de verdadeiro legislador complementar e ordinário, promovendo invasão de competência legislativa e violando, por conseguinte, o princípio da separação dos poderes (art. 2º; art. 60, §4º, III, CF).

Ressalte-se, ainda, que ao responder à consulta n.º 1398-DF e, em seguida, editar a Resolução n.º 22.610, o Tribunal Superior Eleitoral criou, de forma reflexa, uma hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto da Constituição, fazendo as vezes de verdadeiro legislador constituinte derivado, exorbitando suas atribuições. No julgamento do Mandado de Segurança n.º 26.602 pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Grau já manifestou preocupação de que isso viesse a ocorrer, senão vejamos:

[...] Não há oposição, neste sentido, entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, de modo a justificar que o Supremo Tribunal Federal --- menos ainda o STE --- exorbite da função jurisdicional para emendar a Constituição, reformando-a. Mais, consta que o Poder Legislativo vem atuando em direção à implantação de uma reforma política, no bojo da qual o item da fidelidade partidária compõe-se entre os temas prioritários. Por isso mesmo a usurpação, pelo Poder Judiciário, de função do Poder Constituinte derivado já em si consubstancia “quebra constitucional” (*Verfassungsdurchbrechung*). E tanto mais grave seria isso quanto se observe que o Supremo Tribunal Federal há de ocupar-se precisamente com a guarda e a defesa da Constituição.

Daí porque resulta bem nítido --- inescandível --- o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, ratificando deliberação do Tribunal Superior Eleitoral, exorbite de suas atribuições.

Fazendo-o, estaria a ratificar a criação, por via oblíqua, de hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto da Constituição. O impetrante pretende faça as vezes, este Tribunal, de Poder Constituinte derivado, o que se não pode conceber. Cabe qual u’a luva, neste passo, a observação posta por KONRAD HESSE (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, § 77, p.29-30) a propósito dos limites da interpretação constitucional: o intérprete já não mais interpreta, porém modifica, opera a ruptura da Constituição quando passa por cima dela. O limite da interpretação é o texto; a Corte está aqui para exigir que esse limite seja observado, não para rompê-lo.

Essa ruptura da ordem constitucional, decorrente de inconcebível criação de hipótese de perda de mandato parlamentar pelo Judiciário, fere, no seu cerne, os valores fundamentais do Estado de direito. Pois é certo que, a admitir-se inovação como tal no plano da Constituição, nada impediria que amanhã o Poder Judiciário, pela via da interpretação, viesse, por exemplo, a reescrever o texto constitucional, ao seu talante restringindo os direitos fundamentais.⁵⁶

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26.602-DF. Relator. Min. Eros Grau.

Assim sendo, verifica-se que o Tribunal Superior Eleitoral violou os princípios da separação dos poderes e da legalidade, usurpando a competência do Poder legislativo, dispondo sobre matérias reservadas à lei e, até mesmo, alterando o próprio texto constitucional. Neste caso, é possível que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da Resolução n.º 22.610 ou que o Poder Legislativo, no uso de sua competência constitucional, promova a sua sustação por meio de decreto legislativo.

Não obstante os argumentos suscitados, o Supremo Tribunal Federal acabou reconhecendo a constitucionalidade da Resolução n.º 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral, sob o argumento de que, ao julgar os Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, a corte reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária e não faria sentido reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.

Ademais, ainda segundo o Supremo Tribunal Federal, a resolução impugnada surgiu em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismo para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciou, ou seja, entendeu que Tribunal Superior Eleitoral apenas lançou mão da sua competência normativa supletiva abordada no item 4.4 deste trabalho.

5.3 A Justiça Eleitoral e o Estado Democrático de Direito

O poder normativo da Justiça Eleitoral é uma realidade indiscutivelmente aceita pelos partidos políticos, pelos eleitores e pela sociedade em geral, já consagrada pela tradição desde a sua criação. Praticamente ninguém questiona a conveniência da sua manutenção, principalmente diante da realidade democrática ainda incipiente no Brasil e dos resultados já obtidos na organização dos pleitos. Por questão ética, não seria recomendável a atribuição desta competência ao Poder Executivo, já que o Presidente da República figura como pessoa diretamente interessada no processo eleitoral, notadamente após a introdução da regra da reeleição no ordenamento jurídico brasileiro. Por mais isenção e consciência cívica que o mesmo pudesse ostentar, certamente sofreria pressões invencíveis, inclusive por parte dos integrantes do seu partido político, com quem mantém lealdade e afinidade ideológica.

A Justiça Eleitoral foi criada no intuito de desempenhar atribuições da maior relevância para o Estado Democrático de Direito, notadamente, tornar efetivas e eficazes as disposições constitucionais, fortalecendo o regime democrático, garantindo a soberania popular e o exercício da cidadania. A realização das eleições a cargo da Justiça Eleitoral exige que o cidadão possa exercer livremente o seu direito de voto, em um processo eleitoral racional, que apure a verdade das urnas e que conduza aos cargos dirigentes da Nação aqueles que realmente representam a vontade do povo.

O poder normativo da Justiça Eleitoral se constitui em um importante instrumento, sem o qual, esses objetivos dificilmente seriam alcançados e o seu exercício não implica necessariamente em violação ao Estado de Direito, desde que observados os limites legais e constitucionais, devendo eventuais abusos ser combatidos pelos interessados, mediante as ações cabíveis, seja para questionar a constitucionalidade, seja para discutir a legalidade de tais atos.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi analisado no presente trabalho, pode-se concluir que a concepção atual de Estado de Direito foi construída paulatinamente, sendo resultado da luta histórica para configurar o Estado, sempre com o objetivo de estabelecer limites para o poder político.

A separação de poderes, ou seja, a divisão das funções estatais entre diferentes órgãos ou poderes, de forma a viabilizar a submissão de todos a eficazes mecanismos de controle interno e externo (*cheks and balances*) e o princípio da legalidade, vale dizer, a conformação da atividade estatal às normas jurídicas postas pelo próprio Estado, são postulados imprescindíveis do Estado de Direito.

O princípio da separação dos poderes foi concebido, inicialmente, como meio para assegurar as liberdades públicas, em contraposição ao Estado Absolutista, contudo, essa concepção foi atualizada ao longo da história, não sendo mais admitida com a rigidez de outrora. Atualmente, sua relevância persiste como técnica de distribuição de funções distintas entre órgãos ou poderes relativamente isolados, mas que nutrem entre si uma intensa e recíproca atividade fiscalizadora, um limitando o outro, mantendo-se, assim, o equilíbrio necessário à realização dos fins do Estado.

Deste modo, cada poder exerce sua função típica com preponderância: o Legislativo elaborando as leis; o Executivo aplicando-as e resolvendo os problemas concretos e individualizados de acordo com suas disposições; e o Judiciário, interpretando e aplicando a lei nos casos concretos, dirimindo os conflitos de interesses que lhe são apresentados; mas sem que haja vedação do exercício da função típica de um pelo outro.

Verificou-se também que há distinção entre função legislativa e função normativa. A primeira, considerada sob o aspecto formal, decorre da adoção do sistema da divisão de poderes, que incumbe a determinados órgãos, que constituem o Poder Legislativo, a função de emanar estatuições primárias, geralmente com conteúdo normativo, a fim de constituir o ordenamento jurídico. Já a função normativa se constitui no poder-dever de expedir

estatuições primárias, porquanto impostas por força própria, ainda que não provenientes de um poder originário, mas fundamentada em atribuição contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal.

Por conseguinte, a função normativa não é exclusiva do Poder Legislativo, podendo ser exercida por outros órgãos (Executivo ou Judiciário), desde que prevista a atribuição na Constituição ou em lei em seu sentido formal.

Em relação ao princípio da legalidade, constatou-se que este surgiu inspirado nas ideias liberais e jusnaturalistas, de soberania popular e da separação dos poderes, com o desiderato de assegurar a supremacia do legislador ordinário em oposição ao absolutismo monárquico. Com o passar do tempo, esse princípio sofreu alteração em seu significado e conteúdo, de modo que mais importante que a legalidade, exsurge a constitucionalidade, entendida na dimensão de que toda lei ou ato normativo de um Estado deve estar em concordância com a sua Constituição, podendo ser invalidado se a contrariar.

Como corolário desse entendimento, tem-se que toda a atividade do Estado deve obediência à lei e, precipuamente, à Constituição, não se podendo exigir qualquer ação, impor qualquer abstenção ou proibir algo aos administrados, senão em virtude de lei. Esta, contudo, não deve ser considerada em seu sentido estrito, como o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição, mas em sentido amplo, considerando-se a constituição como a lei superior, vinculativa de todos os poderes do Estado, inclusive do próprio Poder Legislativo.

Ademais, a Constituição brasileira não adotou um conceito material de lei, podendo esta ser traduzida como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo), equiparando-se os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo àqueles do Poder Legislativo, desde que previstos no rol do artigo 59 da Constituição Federal de 1988, de modo que, excetuando-se unicamente a emenda constitucional, que após sua promulgação passa a integrar a Constituição como norma supralegal, as demais espécies normativas relacionadas na Carta Magna – leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções – são consideradas lei em sentido amplo, já que emanadas de órgãos dotados de competência legislativa e podem, originariamente, inovar o ordenamento jurídico, instituindo direitos e criando obrigações.

Por outro lado, verificou-se que a Justiça Eleitoral foi criada em 1932, como parte de uma ampla reforma no processo promovida pela Revolução de 1930, com o objetivo de assegurar a verdade das urnas, já que, na fase do Império e no início da República, as eleições eram marcadas pelas fraudes e pelo total desrespeito à vontade do povo. A ideia era que o processo eleitoral fosse controlado por um órgão teoricamente imune à influência dos mandatários, que pudesse se contrapor às investidas de poderes particulares de ordem econômica, ideológica ou qualquer outra, em benefício da democracia real.

A Justiça Eleitoral chegou a ser extinta com o advento do Estado Novo, mas ressurgiu em 1945, mantendo-se em funcionamento contínuo desde então, mesmo durante o período da ditadura militar. Nesta fase histórica, o processo eleitoral não esteve imune a manipulações pelo regime militar, contudo, esta interferência usualmente se deu no âmbito da legislação eleitoral, e não no processo eleitoral propriamente dito. De qualquer forma, a Justiça Eleitoral exerceu importante papel na transição para a democracia, possibilitando a adoção de novos padrões de participação eleitoral distintas das delineadas pelo regime militar, além de proporcionar confiabilidade ao sistema de administração e controle do processo eleitoral.

Outrossim, verificou-se que mesmo durante o período em que o Brasil adotou o sistema de verificação dos poderes, com o controle do processo eleitoral realizado pelo Poder Legislativo, predominaram as instruções como forma de manifestação da legislação eleitoral, sendo que com a criação da Justiça Eleitoral, a competência para expedi-las, antes atribuída a outros órgãos, migrou para o Tribunal Superior Eleitoral, de modo que o surgimento do poder normativo da Justiça Eleitoral coincidiu com o seu advento.

Atualmente, a Justiça Eleitoral desempenha relevante função na administração e condução das eleições, cuidando tanto da isenção e lisura do processo quanto da sua abrangência e celeridade, atuando em todas as fases do processo eleitoral, desde o alistamento dos eleitores até a diplomação dos eleitos. Apesar de integrar o Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral não se limita ao exercício de atividade jurisdicional, mas também reúne atribuições executivas e normativas: administra e gerencia as eleições e expede atos normativos por meio de instruções.

A competência normativa da Justiça Eleitoral encontra-se prevista na legislação ordinária – Código Eleitoral, Lei n.º 9.504/97, Lei n.º 9.096/95, Lei n.º 6.091/74, dentre outras – cabendo-lhe expedir as instruções necessárias para o seu cumprimento. Neste sentido, viu-se

que as resoluções que veiculam as instruções eleitorais guardam similitude com o chamado regulamento de execução, aquele conferido ao chefe do Poder Executivo, destinado a explicitar ou complementar a lei.

Por outro lado, a competência normativa da Justiça Eleitoral pode ser considerada como implícita na Constituição Federal, recorrendo-se para tanto à “Teoria dos Poderes Implícitos”, segundo a qual, se o fim for legítimo e compreendido no escopo da Constituição; se os meios forem apropriados e plenamente conformes àquele fim, e não forem proibidos, mas, ao contrário, consistentes com a letra e o espírito da Constituição, então aqueles meios são constitucionais.

De qualquer forma, em virtude das crescentes exigências da sociedade contemporânea a partir da emergência do Estado Social, observou-se considerável incremento das funções exercidas pelo poder público e, por conseguinte, o regulamento teve um incremento de prestígio como norma reguladora, passando a admitir-se conteúdo de caráter supletivo e inovador, desde que compatível com a lei regulamentada, ou seja, passou-se a se admitir o regulamento *praeter legem*, que discipline de forma inovadora os pontos em que a lei foi omissa. Essa evolução ocorreu também quanto à competência normativa da Justiça Eleitoral, não mais limitada a explicitar o conteúdo da legislação eleitoral, podendo, também, colmatar suas lacunas na medida das necessidades de operacionalização do sistema eleitoral.

Além da expedição de resoluções veiculando instruções necessárias ao cumprimento da legislação eleitoral, a função normativa da Justiça Eleitoral é exercida também pelas respostas às consultas que lhe são formuladas em tese sobre matéria eleitoral, as quais, não raras vezes, são igualmente convertidas em instruções com a mesma finalidade de tornar factível a aplicação da legislação eleitoral.

Concluiu-se, ainda, que, como as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral se enquadram no conceito de ato normativo com características de impessoalidade, abstração e generalidade, podem ser submetidas ao controle de constitucionalidade. O controle concentrado de constitucionalidade poderá ser manejado, quando a resolução da Justiça Eleitoral contrariar dispositivo da Constituição e apresentar característica de ato normativo primário, de caráter autônomo e alcance geral, normatizando situação não regulada por lei eleitoral. Em sentido contrário, se a resolução se apresentar como ato normativo secundário, que apenas se limita a interpretar ou regulamentar lei eleitoral já existente, e somente de

forma reflexa colide com mandamento constitucional, neste caso, não será possível o controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que esta não se presta para realizar o controle da legalidade do exercício do poder regulamentar, conforme posicionamento pacífico e reiterado do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao poder normativo da justiça Eleitoral, sustenta-se a partir dos elementos colhidos neste trabalho, que referido poder-dever ou prerrogativa, se constitui em um importante instrumento a ser utilizado na persecução dos seus fins e o seu exercício não implica necessariamente em violação ao Estado de Direito, desde que sejam observados os limites legais e constitucionais que lhe são impostos. As resoluções eleitorais não podem contrariar disposição expressa de lei, além de terem o dever de dedicar respeito aos princípios constitucionais, notadamente, separação de poderes, legalidade, proporcionalidade, anualidade ou anterioridade da lei eleitoral, hierarquia das normas.

Não obstante se trate de um Tribunal Superior, que ostenta em sua composição três ministros do Supremo Tribunal Federal, percebeu-se que nem sempre os limites formais e materiais impostos ao exercício dessa competência normativa são observados, como ocorreu, por exemplo, no julgamento do Recurso Ordinário n.º 748 e na expedição da Resolução n.º 22.610, que trata da perda de mandato por prática de ato de infidelidade partidária, quando o órgão máximo do Poder Judiciário Eleitoral parece ter exercido atividade legiferante, usurpando função privativa do Poder Legislativo, passível de controle jurídico e político das medidas adotadas.

Em resumo, conclui-se que é possível a um órgão do Poder Judiciário, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, expedir atos normativos, desde que observados os limites insitos a tal prerrogativa, notadamente, a vedação de contrariar as disposições da Constituição e da lei.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. **Boletim de Direito Administrativo** – BDA, São Paulo, n. 236, p.768-777, jul. 2004.

_____. Princípio da Legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 38, p. 82-98, 2002

ARAÚJO, Rosa Maria Felipe. **O princípio da separação de poderes e a competência normativa do Tribunal Superior Eleitoral**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2001.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de Direito Administrativo** - RDA, Rio de Janeiro, n. 97, p.20-32, jul./set. 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e princípio da legalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 96, p.40-52, out./dez. 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, Academia Brasileira de Direito Tributário, a. 7, n. 26, jan./mar. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 08 abr. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.243/DF. Autor: o Partido da Frente Liberal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento 16/08/2000. **Diário de Justiça**, 06 jun. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.626/DF. Autores: Partido Comunista do Brasil e Partido Liberal. Relator Min. Sidney Sanches. Decisão por maioria. **Diário de Justiça**, 05 mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2.269/RN, Relator Min. EROS GRAU, Requerente: Partido Humanista da Solidariedade – PHS, Julgamento: 15/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, 31 mar. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 696/DF, Relator Min. SYDNEY SANCHES, Requerente: Procurador-Geral da Republica. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Julgamento: 20/09/1995. **Diário de Justiça**, 20 out. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1407. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 07.03.1996. **Diário de Justiça**, 24 nov. 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.685-DF, Relatora: Min. Ellen Gracie, Requerente: Conselho Federal da OAB, Julgamento: 22/03/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Diário de Justiça**, 10 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.345-DF, Relator Min. Celso de Mello, Requerente: Partido Progressista- PP. Julgamento: 04/10/2005. **Diário de Justiça**, 10 out. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.741-DF, Relator Min. Ricardo Lewandowsky, Requerente: Partido Social Cristão-PSC. Julgamento: 06/09/2006. **Diário de Justiça**, 23 fev. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 26.602-DF. Relator. Min. Eros Grau.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. ROMS n.º 6.234-DF (1995/0048389-0). Relator Ministro José Delgado. Brasília, DF, 06 nov. 1997. **Diário de Justiça**, 04 abr. 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial n.º 443.310-RS, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**, 21 out. 2003.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **História das eleições no Brasil**. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 715**. RJTSE, Brasília, DF, v. 13. t. 2.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n.º 1398-DF. Rel. Min. César Asfor Rocha. Consulente: Partido da Frente Liberal-PFL. **Diário de Justiça**, 08 maio 2007, p.00143.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 22.610. Relator Min. Cézar Peluso. **Diário de Justiça**, 27 mar. 2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral, RESPE 15.322/CE, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. **Diário de Justiça**, 24 mar. 2000.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n.º 748 – Belém-PA, rel. Luiz Carlos Lopes Madeira. Julgamento 24/05/2005. **Diário de Justiça**, 26/08/2005.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 11. ed. Bauru, SP: Edipro, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999a.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999b.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1958.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. Doutrina, jurisprudência e legislação. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Preleções de direito eleitoral**: Direito material. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. t. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONEGLIAN, Olivar. A justiça eleitoral: O Poder Executivo das Eleições, uma Justiça diferente. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito eleitoral contemporâneo**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.57-75.

CORSATO, Olavo Nery. Sistema legislativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 152, p.23-47, out./dez. 2001.

COSTA, Antônio Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

COSTA, Elcias Ferreira. **Direito eleitoral**: legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

COSTA, Adriano Soares da. **Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art. 96 da Lei Eleitoral**. Disponível em:

<<http://www.adrianosoares.com/midias/PrazoDecadencialdeRepresentacaoEleitoral.pdf>>.
Acesso em: 12 ago. 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1972.

DELGADO, José Augusto. A Contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da defesa da democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 32, n.º 127, p.109-118, jul./set. 1995.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 1975. (Cuadernos para el diálogo).

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Pressupostos do ato administrativo: vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis do processo administrativo. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, I. Tribunal de Contas dos Municípios de São Paulo – TCMSP. Processo Administrativo. São Paulo, 2003, p.01-07.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FLORES, Ana Eloise de Carvalho; FERNANDES, Rosana Spiller. Poder Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. **Revista Resenha Eleitoral**, Santa Catarina, Nova Série, v.14, 2007.

FRANÇA, Rubem Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 238, n. 38, out./dez. 2004.

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

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

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. São Paulo: Victor Civita, 1979. (Os Pensadores).

JARDIM, Torquato. O processo e a Justiça Eleitoral – Introdução ao sistema eleitoral brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 30, n.19, p.30-42, jul./set.1993.

_____. **Direito Eleitoral positivo**: conforme a nova lei eleitoral. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

_____. Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n. 119, p.30-37, jul./set. 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

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

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. São Paulo: Alfa-ômega, 1978.

_____. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1976. (Coleccion Demos).

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. O Princípio da legalidade e a regulação de serviços públicos delegados. **Boletim de Direito Administrativo - BDA**, São Paulo, v. 12, dez. 2004.

_____. **Os princípios jurídicos tributários na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MACHADO, Márcia Rodrigues. Inconstitucionalidade por omissão. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 30, p.45-46, dez. 1988.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos na ordem jurídica interna**. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais, 1992.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no Estado brasileiro. **Revista Jurídica 9 de Julho**, São Paulo, Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, n. 2, p.240-252, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1918.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manuel de direito constitucional**. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. t. I.

_____. A democracia representativa: princípios e problemas gerais. **Estudos eleitorais**, Coimbra, v. 2, n. 1, p.30-42, jan./abr. 1998.

_____. **Manual de direito constitucional**: Actividade constitucional do Estado. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. t. V.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Victor Civita, 1973.

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

MOTA, Aroldo. **Direito eleitoral na constituição, na jurisprudência e na legislação**. Fortaleza: ABC, 2002.

NACARINI, Rosa Maria dos Santos. Atividade legislativa. **Revista Jurídica 9 de Julho**, São Paulo, Procuradoria da Assembleia Legislativa de São Paulo, n. 2, p.112-122, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

PALMEIRA, Marcos Rogério. Direitos fundamentais: regime jurídico das restrições. **Revista Sequência**, Santa Catarina, n. 43, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, p.132-137, dez. 2001.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PORTO, Walter Costa. Eleições no Brasil Colonial. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 48, n.186, p.105-114, jul./dez. 1995.

_____. **Dicionário do voto**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

RÁO, Vicente. **As delegações legislativas no Parlamento e no Presidencialismo**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. São Paulo: Forense, 1980.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____.;VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional**: princípios constitucionais do processo civil. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. Estrutura Constitucional da Justiça Eleitoral. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v.45, n.179, p.5-21, jan./jun.1992.

SILVA, Ênio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, p.214-219, jul./set. 2005.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 30, p.60-72, dez. 1988.

_____. **O Prefeito e o Município**. 2. ed. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima, 1977.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law** – introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Os limites constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em:<<http://www.cletheadvogados.com.br/arquivos/artigo-conjunto-completo-clemerson-lenio-ingo-2005.doc.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Administração Pública na era do direito global. In: SUNFIELD, Ari; VIEIRA, Osvar Vilhena (Coord.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 157-168.

TAYLOR, Mathew. Justiça Eleitoral. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTÁSIA, Fátima (Org.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p.142-149.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros,1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** — ley, derechos, justicia. Tradução Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 1999.