

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCOS HARUO MOGAMI TANAKA

**ÂMBITO DE NORMATIZAÇÃO DAS RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL:
ALCANCE E LIMITES**

**CURITIBA
2010**

MARCOS HARUO MOGAMI TANAKA

**ÂMBITO DE NORMATIZAÇÃO DAS RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL:
ALCANCE E LIMITES**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Eneida Desiree Salgado

**CURITIBA
2010**

RESUMO

A legislação eleitoral brasileira é complementada a cada ano eleitoral por resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Esse fato tem alterado a configuração das regras do jogo eleitoral via instrumentos normativos que são hierarquicamente inferiores à lei. Tem-se constatado nesse sentido comumente resoluções que assumem força de lei, cuja disposição extravasa o sentido e o conteúdo da norma eleitoral que visaria apenas explicitar, ou ainda, funciona como norma autônoma, a legislar inovando primariamente o ordenamento jurídico.

O sistema constitucional vigente, não obstante, não provê suporte à normatização em matéria eleitoral, que envolve direitos fundamentais, por outro caminho que não seja a lei, produzida pelo Parlamento, via processo legislativo delineado na Carta. As resoluções além de abusivamente legislar em matéria eleitoral também têm se prestado a regulamentar matéria constitucional, com suporte no Supremo Tribunal Federal. Um exemplo marcante dessa tendência concerne o tema fidelidade partidária. As regras de fidelidade e disciplina partidária são, a partir do fundamento constitucional, determinantes dos estatutos dos partidos. A autonomia partidária autoriza a punição à infidelidade partidária, prevendo consequências *interna corporis* até a exclusão do partido. A Resolução n° 22.610/2007, ausente base legal, porém, inovou o ordenamento jurídico com o processo de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa, que veda a Constituição, com arrimo nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, invadindo competências legislativas do Congresso Nacional. O estudo de alcance e limites da normatização por resolução revela que apesar de previsão na lei eleitoral desse instrumento autorizar apenas a edição de instruções à execução da lei, na realidade, tem-se veiculado normas que não comportam esse âmbito de competência, configurando-se, eventualmente, uma via oblíqua de legislação em matéria eleitoral e constitucional.

Palavras-chave: Resolução. Tribunal Superior Eleitoral. Competência normativa. Limites.

ABSTRACT

The Brazilian electoral legislation is complemented at each election period by resolutions issued by the Superior Electoral Court. This fact has changed the configuration of the electoral rules of the game via normative instruments that are inferior to the law. It has been commonly found resolutions that assume the force of law provision by going beyond the meaning and content of the electoral legislation, that should only to explicit, or even working as standalone standards, primarily innovating the legal system. The contemporary Brazillian constitutional system, however, provides no support to the normalization of electoral matters, involving fundamental rights, on the other path that is not the law produced by Parliament, through the legislative process outlined in the Charta. The resolutions have also been abusively provided to regulate constitutional matters, with endorsement by the Federal Supreme Court. A striking example of this trend concerns the theme party loyalty. The rules of party discipline and loyalty are, as guaranteed the constitutional basis, those established in the political parties statutes. The party autonomy allows the punishment to party infidelity by providing from *interna corporis* consequences to the exclusion of the party. The Resolution n° 22.610/2007, absent a legal basis, however, innovated the legal process with the loss of the elective mandate by party disaffiliation without just cause, that the Constitution forbids, with support in decisions of the Superior Electoral Court and the Federal Supreme Court, invading the Congress legislative powers. The study of the scope and limits of regulation by resolution shows that despite the forecasting tool in the electoral law authorizes only the issue of statements to law enforcement, in fact, has been conveyed standards that do not include this area of competence, becoming possibly an oblique way of legislation on electoral and constitutional matters.

Key words: Resolution. Superior Electoral Court. Legislative powers. Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1: ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA ELEITORAL....	03
1.1 O DEVER-PODER JUDICIÁRIO E SUAS FUNÇÕES NA CARTA E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	03
1.2. BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	06
1.3. A JUSTIÇA ELEITORAL ESTRUTURADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	09
CAPÍTULO 2: O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	13
2.1. DEFINIÇÃO DE PODER REGULAMENTAR NA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA.....	13
2.2. O PODER NORMATIVO/REGULAMENTAR DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	17
2.3. O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL INSERTO NESSE CONTEXTO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	24
CAPÍTULO 3: A RESOLUÇÃO N° 22.610/2007 DO TSE.....	30
3.1. AS INSTRUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL.....	30
3.2. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N°22.610/2007.....	37
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral no Brasil guarda a missão de velar pelo processo condutor de representantes populares ao Poder Político pelo sufrágio, sendo sua jurisdicionalização e constitucionalização fatores fundamentais no sistema de verificação de poderes implantado.

Nessa linha, enquanto instituição componente do Poder Judiciário na Constituição de 1988 revelam-se a ela inerentes limites de competência a se coadunar ao sistema de *checks and balances* da Lei Maior, corolários do modelo de Estado Democrático de Direito. Esses limites inspiram especial cuidado a estar-se diante da tutela de matéria eleitoral, que consubstancia o pilar das regras do jogo democrático.

O ambiente mais legítimo no Estado Democrático brasileiro para a discussão plural e idônea legislação de normas desse calibre é o Parlamento. O texto constitucional demonstra a escolha nesse sentido quando reserva à lei, emanada do processo legislativo constitucional, a disposição sobre Direito Eleitoral (arts. 22, I e 48). Corolário desse ideal o princípio constitucional da legalidade específica em matéria eleitoral.

A jurisdição eleitoral, entretanto, diuturnamente expede resoluções acrescentando às Leis eleitorais. A normatização em âmbito eleitoral por um órgão jurisdicional, dispondo direitos e obrigações aos particulares, modifica unilateralmente o desenho das *rules of the game* democrático, e nesse ângulo lanceia pungentemente a legalidade eleitoral. Careceria de norma de competência, deseja-se demonstrar, essa prerrogativa legislativa.

A presente pesquisa visa abordar, pois, a problemática do âmbito a que se destinam normatizar as “resoluções” expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, mormente ao advento de cada ano eleitoral. Tem-se assentido na doutrina o uso das “instruções” previstas na lei eleitoral infraconstitucional enquanto instrumento derivado de um chamado poder regulamentar da Justiça Eleitoral que autorizaria, nessa perspectiva, atos normativos de execução à legislação eleitoral. Não obstante isso, a expedição das instruções do Tribunal Superior Eleitoral ainda eventualmente apontam na direção de atos normativos primários, fazendo o órgão jurisdicional as vezes do legislador positivo.

Volve-se fundamental nessa linha investigar o fundamento de validade desse autorreconhecido poder normativo/regulamentar da Justiça Eleitoral que carece de previsão no texto constitucional de 1988; e, no mesmo sentido, a extensão que proveria a norma eleitoral infraconstitucional, se ela lhe der aporte, em análise dos dispositivos da lei eleitoral:

o Código Eleitoral, a “Lei das Eleições”, ladeada pela Lei dos Partidos Políticos, em cotejo com princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A linha da pesquisa, em corolário, designa instar da ótica eleitoral, constitucional e administrativista o norte de normas fundamentais que se encontrariam em estado de ameaça quando se é lançado mão de “instruções com força de lei”, alheias à representatividade do Parlamento e à autorização da Constituição Federal.

Por fim, em paradigma da problemática atinada, expressa a ressalva de que o tema fidelidade partidária demanda um trabalho em apartado, trata-se da Resolução TSE n° 22.610/2007 que inovou o ordenamento jurídico brasileiro dispondo sobre o processo de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa.

CAPÍTULO 1: ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA ELEITORAL

1.1. O DEVER-PODER JUDICIÁRIO E SUAS FUNÇÕES NA CARTA E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Justiça Eleitoral brasileira é hoje parte do Poder Judiciário da União, prevista pela Constituição Federal no artigo 92, inciso V, e artigos 118 a 120. Impende desse posicionamento constitucional a inserção da Justiça Eleitoral nos limites de competência aferidos pela carta fundamental quando divide seu plasmado Poder em órgãos de soberania.

MONTESQUIEU em *O espírito das leis* (São Paulo, Martins Fontes, 1993, p.172) já avisara que “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções práticas e o de julgar crimes ou as querelas entre os particulares.”

É assente que não há a possibilidade da absoluta separação dos Poderes uma vez que o sistema de separação que se impõe a cada Estado, ajustado às suas peculiaridades, só poderiam em verdade limitar a atuação de cada esfera de poder. Portanto, pode-se concluir que o princípio da separação de poderes, na visão de Montesquieu, visa impedir à absoluta preponderância de um Poder sobre os demais.

Em face disso, tem-se o balanceamento do sentido de separação com a noção de conjugação, com resultante na separação harmônica perseguida. Somente será factível a separação dos poderes de modo a engrenar o funcionamento do Estado coadunado pelos pólos imanes de Poder, que em verdade, são momentos dos poderes constituídos.

Dessa assertiva aventa-se a noção de organização ou estrutura organizacional.

A estrutura organizacional de cada Poder compreende os caminhos pelos quais verterão as manifestações de poder com fundamento nas medidas de competências chanceladas pela Constituição, sendo cada Poder considerado como conjunto de órgãos, esse funcionamento orgânico pressupõe divisão de *funções*.

Nesse sentido PAULO JOSÉ M. LACERDA, RENATO CÉSAR CARNEIRO e VALTER FÉLIX DA SILVA (2004, p. 21) anotam:

Há uma íntima relação entre a especialização de funções exercidas por cada um dos órgãos que compõem a estrutura do Estado e o princípio da separação dos poderes, preconizado por Montesquieu, sendo essa especificidade considerada relativa, porquanto cada um dos poderes exerce as outras atribuições concedidas aos demais poderes, sem que haja exclusividade de qualquer um deles.

Nessa sorte, à vista da relativa especificidade sublinhada, o exercício de nenhuma das funções especializadas, ainda que admitido seu compartilhamento entre os demais Poderes do Estado, poderá infringir a distribuição de competências conferida pelo texto constitucional, ou se esvaír da fonte de justificação que porventura tenha delegado a prerrogativa funcional.

Essa afirmação, com base no modelo clássico de Montesquieu, pode sugerir uma separação conceitual entre Poder e função.

MARÇAL JUSTEN FILHO (2008, p. 25) delinea, nesse sentido, duas espécies de separação: (1) a separação *estrutural* de Poderes em que aos Poderes, em maiúsculo, referir-se-ia à estrutura organizacional, conjunto de órgãos; estes são dotados de medida de autonomia, na qual não se submeterão à interferência de outro Poder.

De outra banda, ao âmbito de prerrogativas conferidas a cada um desses Poderes, têm-se (2) a separação *funcional* que tradicionalmente se consubstancia nas funções de legislação, jurisdição e administração; o critério de distinção proposto a essa modalidade seria mediante natureza, atributos ou efeitos das atribuições conferidas a cada Poder.

É possível entender, nesse sentido, que cada Poder pode exercer, parcelas, ou momentos, de uma ou mais dessas funções. A marca que notará o exercício final desse Poder, nada obstante, é a função dele preponderante.

Nessa linha, PAULO JOSÉ M. LACERDA, RENATO CÉSAR CARNEIRO e VALTER FÉLIX DA SILVA (2004, p. 21) assinalam:

Pelo critério da predominância do exercício da função é que o Poder Executivo desempenha a função executiva, o Poder Legislativo, a função Legiferante; e o Poder Judiciário, a função jurisdicional. Assim a cada um desses poderes foi atribuída uma função predominante, porém, não exclusiva.

Naturalmente, *ipso facto*, não haveria como cada Poder sequer subsistir havida a delimitação absoluta de suas prerrogativas somente no exercício de funções-fim, ou funções

predominantes, em especial no que tange à função administrativa, comum a todos os âmbitos de estrutura organizacional, na organização e gerência de suas atividades.

O Poder Judiciário exerce secundariamente a função administrativa e também uma função de natureza “legislativa”. Essa competência resguarda-se, regra geral, à iniciativa de leis de interesse do Poder Judiciário e à expedição de regulamentos a reger o exercício dos serviços de natureza administrativa de seus órgãos. Ver-se-á à frente que tal limite, para o caso específico da Justiça Eleitoral, eventualmente se prorroga, e nisso discutiremos sua constitucionalidade.

O Poder Legislativo secundariamente verte uma função jurisdicional especialmente no caso de foro por prerrogativa de função, máxime o julgamento dos ocupantes de cargos de Presidente e Vice-Presidente ante o cometimento de crimes de responsabilidade, conforme disposto no artigo 52, inciso I, da Constituição Federal.

O Poder Executivo, em consonância com o artigo 84, inciso V, do texto constitucional, exercerá a função normativa, pelo Chefe do Poder Executivo, na figura do poder regulamentar, e na produção de normas via medida provisória. Poder-se-ia acrescer, ainda no âmbito executivo, o poder de veto a projetos de lei pelo Presidente da República e da prerrogativa de impulso inicial no processo legislativo, o que tecnicamente não se teria função normativa.

Nesse paradigma, o MARÇAL JUSTEN FILHO (2008, p. 27) propõe a seguinte orientação esquemática, com aporte no critério de predominância de função.

Poder Legislativo - **função legiferante** (função predominante)
 - função jurisdicional
 - função administrativa

Poder Judiciário - **função jurisdicional** (função predominante) – típica e atípica
 (controle de constitucionalidade)
 -função administrativa

Poder Executivo - **função administrativa** (função predominante)
 - função legiferante

Pode-se constatar que ao Poder Judiciário nessa classificação não se atribuiu a função legiferante, mas à Justiça Eleitoral, para majoritária doutrina e jurisprudência, ver-se-á,

mesmo com os recortes necessários à sua recepção pela Constituição Federal de 1988, teria se preservado uma autorreconhecida competência legislativa, de seu poder “regulamentar”/normativo, como analisaremos à frente.

Uma espécie de função legislativa em sentido material do Poder Judiciário verteria para CLÉMERTON MERLIN CLÉVE (1993, p. 81), em acréscimo, na elaboração dos regimentos internos dos respectivos órgãos sobre seu funcionamento e administração; além disso seria invasão da esfera do legislador. O Poder Judiciário, como afirmado, tem como função preponderante a função jurisdicional. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA essa função delinea-se no sistema de composição de conflitos, ou sistema de composição de lides, armado a solucioná-los no caso concreto com fundamento em *ordens gerais e abstratas* que são *ordens legais* (2008, p. 554).

A aplicação dessas ordens, é consecutório, basear-se-á em direito objetivo, em conformidade constitucional, sendo esse o escopo jurisdicional predominante. As Justiças especializadas, como a Justiça Eleitoral, não obstante, tendem a relativizar esse modelo de divisão funcional clássica.

1.2 BREVE HISTÓRICO DA JUSTIÇA ELEITORAL

Hodiernamente, sob a égide da Constituição de 1988, sendo conjunto de órgãos pertencentes ao quadro do Poder Judiciário da União, desde sua instituição no país pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro de 1932 a Justiça Eleitoral traz consigo a marca da especialidade.

E, nesse esteio, abarca no seu rol de competências a consecução de atos jurisdicionais típicos tanto como o escopo fundante de sua atividade, nucleada na organização do exercício dos direitos políticos e principalmente na realização e fiscalização do intitulado “Processo Eleitoral” cujas fases veremos avante.

As origens do Direito Eleitoral pátrio remontam ao período colonial, sob influência do Código Manuelino de 1512, quando a rigor não houvera eleição propriamente dita até o advento, em 1532, do pleito para a Câmara Municipal de São Vicente. Restringia-se, na época, à municipalidade o âmbito das eleições máxime nos conselhos deliberativos.

De outra sorte, as Ordenações do Reino, Afonsinas e Filipinas, já consubstanciavam regras atinentes a direitos políticos, sendo restrito o exercício do voto à fidalguia e à ascendência dos colonizadores. As Cartas Constitucionais seqüentes dispuseram sobre direitos

políticos, e continham normatizações sobre alistamento eleitoral (sufrágio restrito), elegibilidade, perda e suspensão de direitos políticos e sistema eleitoral (de duplo grau, até 1881, e censitário).

Somente com o advento da Constituição Brasileira de 1934, Carta de “Weimar”, ascendeu ao patamar constitucional a Justiça Eleitoral institucionalizada. A base infraconstitucional do órgão, que estatuiu suporte para o guinde constitucional de 34, foi lançada pelo que viria tornar-se o primeiro Código Eleitoral brasileiro, o Decreto n. 21.076 de 24 de fevereiro de 1932. A partir dessa nota a Justiça Eleitoral acresce em substância, com normas de direito material e processual eleitoral sistematizadas em *codex*, e em forma, com o delineio constitucional de seus órgãos componentes, com normas regradoras das respectivas composições, esferas recursais e competência.

CARLOS MARIO DA SILVA VELOSO nessa linha (1996, p. 14) prediz, “o Brasil jurisdicionizou, com o Código Eleitoral de 1932, o processo eleitoral, com a criação da Justiça Eleitoral. É dizer, o órgão que aplica o processo eleitoral, no Brasil, que administra as eleições, preparando-as, realizando-as e apurando-as, é a Justiça Eleitoral”.

Não obstante o hiato ditatorial de 1937-1945 ter suprimido da apreciação do Poder Judiciário as matérias intituladas “questões políticas”, do que refletiu a própria morte da Justiça Eleitoral nesse ínterim, pois a Constituição de 1937 sequer dela fez menção, a construção normativa que havia se alçado até então, pelo Decreto de 1932, rendeu alicerces para o renascimento da Justiça Eleitoral constitucionalizada com o advento da Constituição brasileira de 1946. Essa, de reconhecido esmero técnico, erigiu novamente a Justiça Eleitoral ao nível constitucional inserida nos quadros do Poder Judiciário.

Nesse sentido CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (1996, p. 389) arrima:

A Constituição de 1946 (...) resgatou a Justiça Eleitoral e a reinstalou nos quadros do Poder Judiciário, restaurando-se, então a plena competência para a matéria eleitoral e garantindo-se, novamente, a jurisdição eleitoral como fundamento do direito político dos cidadãos. A partir daquela Constituição, não teve mais a exclusão da Justiça Eleitoral dos quadros do Poder Judiciário Brasileiro, comparecendo a sua organização, estrutura e competência até mesmo nos momentos mais difíceis do sistema autoritário implantado no Estado em 1964 e que durou mais de duas décadas até o restabelecimento do regime político-democrático constitucionalizado em 1988.

O quarto Código Eleitoral, que foi lançado pela Lei n.º 1.164/1950, viria a ser substituído pelo *Codex* que hoje vige, Lei n.º 4737/65, alçado um ano após a deflagração do golpe militar. O regime político sob o qual foi concebido não proveu via, na realidade, para uma materialização democrática da pletera normativa que dispusera o Código.

Com relação ao período autoritário, tampouco se velou que democraticamente o desígnio estampado à abertura do diploma fosse dado voz de forma representativa, seja “assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado”; outrossim garantiu-se a forma procedimental do pleito. Conquanto, não se olvida que, apesar do cenário político autoritário, a Justiça Eleitoral manteve-se fincada no plano constitucional nesse ínterim.

Nessa linha, quando adentrou a Justiça Eleitoral no plano jurisdicional constitucionalizado estatuiu-se com vistas ao sistema de verificação de poderes a incumbência do controle e fiscalização do processo de escolha de representantes populares por via jurisdicionalizada.

Nesse caminho jurisdicionalizado da Justiça Eleitoral, que em outros países é de incumbência do Poder Legislativo (como no caso das eleições norte-americanas), insta conseqüente o cotejo de suas competências conferidas pelo Código Eleitoral de 1965 perante a nova fase constitucional que adentra carregada por valores e garantias democráticos. Um código eleitoral cujas normas nasceram sob a égide do regime militar e após mais de duas décadas fora em parte recepcionado pela Constituição democrática de 1988.

Há, insta convir, o precitado sistema de atribuição de competências e separação de poderes cujos limites fundamentais são ora delineados na Constituição Federal de 1988 que ainda invoca, em contraponto à ordem constitucional anterior na qual vigia a Justiça Eleitoral (Constituição de 1967, e após, a Emenda Constitucional n.º 1/69), preceitos fundamentais de inerência ao fundado Estado Democrático de Direito.

1.3 A JUSTIÇA ELEITORAL ESTRUTURADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesse movimento de *novação* constitucional, a Justiça Eleitoral perpetua-se no sentido de ruptura e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico preexistente, volvendo-se ora enquanto sistema harmônico de normas polarizado à realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo que dentre eles destacam, em especial, o exercício democrático dos direitos políticos do cidadão. Vez que a realização destes ter-se-ia desígnio basilar do próprio fundamento de *Estado Democrático de Direito* (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal).

Nessa linha CARLOS ARI SUNDFELD (1998, p.56) elenca alguns elementos basilares do conceptual Estado Democrático Social de Direito velado pela Carta vigente. Sejam eles:

- a) criado e regulado por uma Constituição;
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;
- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado;
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social.

Em consonância a esses elementos a visão não só estrutural mas teleológica da Justiça Eleitoral ganha contornos novos. A Constituição Federal de 1988 no tocante a sua disposição orgânica esboça apenas um esqueleto da Justiça Eleitoral e consigna no seu artigo 121 que Lei

Complementar deverá dispor os pormenores da organização e competência dos Tribunais, Juízes e Juntas eleitorais.

Mas, naturalmente, uma vez que a Justiça Eleitoral emergira de um regime político diametralmente distinto, a lembrar que a disposição de suas competências como subsistem hoje advém daquele período carreada pelo Código Eleitoral de 1965, impender-se-ia necessária até uma nova conceituação da própria Justiça Eleitoral face aos valores do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA (1996, p. 381) ao discorrer sobre a Justiça Eleitoral e a Representação Democrática preleciona:

A denominada Justiça Eleitoral – conjunto de órgãos do Poder Judiciário competentes especificamente para administrar as eleições e conhecer e julgar os dissídios ocorridos no processo ou sobre o processo eleitoral e assegurar o exercício do direito político excelente, que é o de escolha de representantes para os cargos do poder político do Estado – (...) é uma garantia da Democracia de Direito. É ela a manifestação do poder político, que se organiza para assegurar a soberania popular e fazer face aos arroubos e afrontas de poderes particulares havidos no seio da sociedade, sejam eles de ordem econômica, ideológica ou qualquer outra, em benefício da democracia real do poder social.

Não se deveria olvidar, nessa linha, que com o escopo democrático ascendeu a Justiça Eleitoral na estrutura constitucional hodierna, pois esses valores lhes são inerentes.

A primeira referência expressa à Justiça Eleitoral, enquanto conjunto de órgãos, na Carta Fundamental de 1988 é disposta no inciso V do artigo 92, cujo rol define os órgãos componentes do Poder Judiciário da República. Dessa sorte, compõem o quadro jurisdicional o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça (a partir da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004); o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Revela-se da íntegra do dispositivo a divisão de competências do Poder Judiciário federal em face da especialidade da matéria. Sendo que, nesse sentido, compõem órgãos da justiça especializada a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral. O

dispositivo constitucional *supra*, pois, estrutura a delimitação da competência jurisdicional, enquanto momento, medida ou expressão, do Poder emanante da Carta, em *razão da matéria* atinada sob seu arrimo. Nessa linha, para o caso da Justiça Eleitoral, SUZANA DE CAMARGO GOMES (1998, p. 89) preleciona:

Em se tratando da Justiça Eleitoral, o ponto fundamental determinante da competência é a natureza da matéria submetida à fiscalização, apreciação e julgamento dos órgãos jurisdicionais que a compõem (...) Trata-se, portanto, de competência determinada pelo interesse público, razão pela qual é de se destacar que a competência da Justiça Eleitoral *ratione materiae* é de *natureza absoluta*, não podendo, por conseguinte, as partes ou os interessados dela dispor.

Portanto, depreende-se, está delineado no dispositivo constitucional supracitado a distribuição da competência *ratione materiae*, a princípio sendo incompetente a Justiça Eleitoral para o julgamento de lides cujo direito material pretendido dar-se azo não seja afeto à matéria eleitoral. Ver-se-ia frente que a chamada matéria eleitoral pode guarda estreita relação com o “Processo Eleitoral”.

Acresce estatuir que a Justiça Eleitoral é como um todo conjunto de órgãos federais, conquanto tanto tribunais, juízes e juntas eleitorais (do referido inciso V do artigo 92) sejam providos sistematicamente por magistrados componentes do quadro permanente da Justiça Estadual, nos termos da legislação infraconstitucional. Revela-se, ainda, do parágrafo segundo do artigo epigrafado que a Jurisdição do Tribunal Superior Eleitoral, tal qual todos os tribunais superiores da federação, se espraia por todo o território nacional.

Por sua vez o artigo 118 da Constituição Federal definiu que são órgãos da Justiça Eleitoral: I - o Tribunal Superior Eleitoral; II - os Tribunais Regionais Eleitorais; III - os Juízes Eleitorais; IV - as Juntas Eleitorais. Pode-se concluir, afinal, sendo esse o esqueleto básico da Justiça Eleitoral, estruturado na Carta Fundamental.

Insta fundamental atenção a disposição constitucional conseguinte, já explicitada, descrita ao artigo 121 em que o legislador constituinte prescreve que a “Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”. O detalhamento, portanto, da organização da Justiça Eleitoral e suas competências ficou a cargo de disposição na lei infraconstitucional.

O regramento constitucional sobre esse âmbito de competências da jurisdição eleitoral tornou-se, em boa parte, aberto como se deflue. Não obstante o fato, a disposição constitucional dos fundamentos essenciais à estrutura da Justiça Eleitoral não é menos que precípua, posto que, por uma face provê abertura para aperfeiçoamento e modernização da jurisdição eleitoral, assentando-a no plano de Lei Complementar vindoura, e, por outra, de forma sobranceira, vincula-a em liame forte aos preceitos fundamentais erigidos na Constituição Federal de 1988, mormente o *check and balance* e os valores do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 2: O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL

2.1. DEFINIÇÃO DE PODER REGULAMENTAR NA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA

É fundamentado na doutrina administrativista que a regulamentação, com vistas a suprir lacuna normativa, segundo a lei, e ou prover à lei excoutoriedade mediante ditames pormenorizados, em geral, é uma prerrogativa conferida à chamada função regulamentar, subsidiária da normativa. Não obstante essa característica, o *poder ou função regulamentar*, no ordenamento pátrio, é afeto, em princípio, à atividade executiva da Administração Pública, sendo conferida essa atribuição pela Constituição Federal a oportunidades bastante restritas.

Nessa linha, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 339) assevera:

Ao contrário do que se poderia supor, regulamento não é um *nomen juris* que isola com precisão uma categoria de atos uniformes. Antes – e pelo contrário –, é um designativo que, em diferentes países e em diferentes épocas, tem servido para recobrir atos de *virtualidades jurídicas distintas* e nem sempre oriundos de fonte normativa equivalente.

Nesse sentido impende-se concluir necessária a investigação da origem do poder regulamentar no ordenamento brasileiro, e seu fundamento de validade.

Para tanto, a previsão superior do poder regulamentar encontra guarida no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal ao logo dispor que é de competência privativa do Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Insero nesse dispositivo constitucional, decorre, está a previsão de atos de caráter geral e normalmente abstrato a serem expedidos por um órgão diverso daquele naturalmente competido na expedição de leis, sendo no caso brasileiro o Parlamento.

Além das leis expedidas pelo Poder Legislativo, então, pode-se identificar ao aporte a previsão de formas de normatização infra-legais, nas figuras, ora, dos decretos e regulamentos. Nesse sentido SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA (2003, p. 357) em estudo sobre regulação como expressão do poder normativo governamental arrima:

Regulamentar – mediante a expedição de decretos, portarias, resoluções, e outras modalidades – é *atividade meio*, é *atuação instrumental da Administração Pública*, e *autovincula-a na execução das leis (CF, arts. 84, IV, e 87, II)*. E o mister executivo é próprio da *Administração Pública*, que através dos *regulamentos*, ao invés de decidir em cada caso concreto, antecipa-se e dispõe *normativamente* sobre sua *conduta*, *autovinculando-se*. *Regulamentar* é, pois, uma fase do executar.

Compreende-se, em consonância, que é incumbência do poder público prover execução às leis normas regentes de seu exercício e de sua relação com os administrados, a causar normatização sobre sua própria conduta e, por fim, auto-vinculação. E dá-se azo à execução das normas via ato administrativo específico, ao qual aloca-se a expedição de comandos para o alcance das prescrições legais.

Nesse panorama, poder-se-ia assentar a natureza finalística do instrumento Regulamento ao considerar que os atos do Poder Político, distribuído em funções vetores de atribuição, conferidas, inegavelmente, pela Carta Maior, nascem marcados pela natureza do poder que lhes emanam legitimidade, vedados o *abuso* ou o *excesso* a essa parcela de poder, sob os caracteres de *praeter legem e secundum legem*, critérios balizadores de uma norma infra-legal.

Contudo, o exercício do poder regulamentar tal como disposto na Constituição Federal é legitimado a princípio enquanto ato da alçada do Chefe do Poder Executivo. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 340)

Apontar-se-ia avante que é limítrofe a distinção conceitual entre poder normativo e poder regulamentar; ambos proferem atos de normatização, mas em circunstâncias distintas.

ROMEUFELIPE BACELLAR FILHO (2008, p. 75) aduz que os atos administrativos normativos “fazem emanar um comando geral, decorrente do poder regulamentar, prerrogativa que certas autoridades têm de explicitar a lei objetivando a sua melhor compreensão e correta aplicação”. Esposa o doutrinador, nessa linha, a importância desses atos tendo que a lei em sentido formal é genérica e não específica, daí que carece de regulamentação e explicitação. Nesse supedâneo, tem-se acertado para os limites da edição dos atos administrativos normativos o critério *secundum legem* traduzido na vedação a inovação no mundo jurídico.

Ainda assim, consectário, os regulamentos estabelecem mandamentos gerais e abstratos, e por esse motivo tidos como lei em sentido material, mas não em sentido formal,

pois sua produção se dera fora ao processo formal de elaboração legislativa. O supracitado autor cita como exemplos dessa manifestação os *decretos, resoluções, provimentos e regimentos*.

MARIA SILVA ZANELLA DI PIETRO (2010, p. 90) aduz ser o poder regulador uma das formas pelas quais se manifesta a função normativa do Poder Executivo. Nesse sentido, atine que prover execução à lei tipicamente significa regulamentar os diplomas normativos e seria nesse contexto que poder-se-ia operar a prerrogativa.

Ao intento, CLEMERSON MERLIN CLEVE (1993, p. 215) delinea a função regulamentar como “função normativa secundária” atribuída ao Poder Executivo, ao fim, com significância símile. O autor defende que sob o ângulo material os regulamentos constituiriam “atos legislativos”, sejam genéricos e abstratos. A partir da face formal, conquanto, seriam atos administrativos.

Nessa linha, pode-se impender a diferença entre *ato administrativo executivo* e *ato administrativo normativo*, posto que aos últimos atribuir-se-ia a generalidade e a abstração. Aduz-se, nesse aporte, que o ato administrativo executivo apontaria a um “caso concreto decidido”, ou fato subsumido à norma, enquanto o regulamento pela natureza de regra ou norma jurídica constituiria “critério material de decisão de casos concretos”.

Mas, nada obstante às características atribuídas acima, lei e regulamento precisam diferenças fundamentais no Direito brasileiro.

Nesse sentido CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 344) ensina:

No Brasil, entre a lei e o regulamento não existe diferença apenas quanto à origem. Não é tão-só o fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo o que os aparta. Também não é apenas a posição de supremacia da lei sobre o regulamento o que os discrimina. Esta característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a dissepção entre ambos no Direito brasileiro (...). Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello - só a lei *inova* em caráter inicial na ordem jurídica.

Insta-se depreender, pois, que regulamento distingue-se da lei não só pela origem de seu poder fundante, ao primeiro Poder Executivo e segundo Poder Legislativo, e nem só pela aludida supremacia da lei sobre o regulamento, sendo referência nuclear à distinção entre ambos o axioma de que só a lei *inova* em caráter inicial a ordem jurídica.

Fundamentalmente importa a assertiva formulada por CLEMERSON MERLIN CLEVE (1993, p. 221) de que o *fundamento formal* do poder regulamentar reside na Lei e na Constituição. A *justificação formal* da existência, nessa linha, ao regulamento, face o sistema de distribuição de competências delineado pela Carta, não poderia ser outra senão a previsão constitucional.

Tem-se nesse panorama que o poder regulamentar, conforme previsto com amparo na Constituição, é exercido em máxima pelo Poder Executivo com fulcro no disposto ao artigo 84, inciso IV, da Constituição, sendo que desse poder regulamentar emana o instrumento “regulamento”. No ordenamento pátrio, quando expedido pelo Poder Executivo (artigo 84, IV, da CF) à eficácia externa manifesta-se via o intitulado Decreto Regulamentar, de largo uso, pelos três níveis de governo, sob a espécie, máxima, de decreto *executivo*, voltado à execução da lei nos limites delineados.

Outras subespécies como o regulamento *autônomo*, tradicional do sistema administrativo francês, são aventadas pela doutrina com base no disposto do artigo 84, inciso VI, (com as alíneas *a* e *b*, insertos pela EC n. 32/01) da Constituição pátria, ainda que a eventual existência dessa modalidade no Brasil sofra severos vergastes.

Deflue, nessa linha, que o âmbito que se destinam o dispositivo de execução supracitado é primordialmente administrativo, de concreção ao próprio núcleo de atribuições do Chefe do Poder Executivo, afastando-se longamente da atribuição “monárquica”.

Assim, face esse panorama disposto pelo texto constitucional, deflue a noção de poder regulamentar no Brasil cuja expressão genericamente se materializa no “regulamento”. Por fim, delineada a *virtualidade jurídica* do regulamento no Direito brasileiro pode-se concluir oportuna a distinção hierárquica entre esse (legitimado ao Chefe do Poder Executivo) e de demais instrumentos normativos como instruções, portarias, resoluções e regimentos.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 370) dessa sorte afirma:

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções.

Concluir-se-ia da assertiva, portanto, sendo nuclear ao intento, cancelar que (1) o exercício do poder regulamentar é inerente à atividade executiva; (2) torna-se como desdobramento do poder normativo, sendo uma faceta deste, mas não invade a esfera de manifestação de poder legislativo, de modo que (3) sua natureza é eminentemente de prover execução à lei e (4) atos de estirpe ainda inferior ao regulamento são *instruções, portarias e resoluções*.

Insta convergir que, em tentativa de arremate, com aporte nos pensamentos precitados, é o poder regulamentar no Brasil espécie de poder normativo secundário conferido na Constituição originariamente ao Poder Executivo, volvido à expedição decretos e regulamentos destinados à fiel execução da lei (emanada do processo legislativo) que visam explicitar. Ainda assim, é razoável assentir que os regulamentos não sejam meros atos copiosos, inócuos, da norma a que se destinam, pois devem explicitá-la, conquanto além disso não lhes permitidos.

É possível concluir, portanto, que esclarecer o espírito e conteúdo da norma predisposta é o escopo do poder regulamentar, conquanto atenda a limites estritos da lei que designa explicitar; e exatamente pela mesma razão impende a necessidade de reservas na expedição desse tipo de instrumentos, pois, ainda que tomados como atos normativos secundários, são atos de disposição de direitos e obrigações em caráter geral e abstrato, formulados alheios ao Parlamento, devendo seu fundamento de poder, ou *justificação formal*, ser extraído diretamente da Constituição.

2.2. O PODER NORMATIVO/REGULAMENTAR DA JUSTIÇA ELEITORAL

Tratou-se do poder regulamentar originário da Constituição Federal que outorga ao Chefe do Poder Executivo a competência de editar normas de caráter geral e abstrato, regulamentando a interpretação e aplicação da Lei.

Consoante esposado mesmo restringido por óbices, ou limites, da própria natureza desse instrumento normativo, que à própria Constituição lhe é situado em necessidade de vinculação estrita ao espírito da norma que explicita, substanciar-se-ia, outrossim, certa inovação na ordem jurídica, uma vez que se criam normas gerais e abstratas ainda que alheias ao Parlamento.

Nesse sentido, questiona-se: haveria no ordenamento constitucional atual previsão dessa mesma natureza de competência regulamentar, de expedir normas que explicam o sentido da lei em caráter geral e abstrato, para a Justiça Eleitoral?

Nessa linha SUZANA DE CAMARGO GOMES (1998, p. 222) versa:

Trata-se de poder regulamentar outorgado ao Tribunal Superior Eleitoral e que se apresenta de grande utilidade, posto que, havendo necessidade, edita esse sodalício normas com a finalidade de explicitar não só os dispositivos do próprio Código Eleitoral, mas também de leis eleitorais esparsas, o que facilita de forma considerável, o entendimento e fiel aplicação dos preceitos.

A autora tece o comentário acerca do artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral, que estabelece a competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir *instruções* que julgar conveniente à sua execução.

Não se pode olvidar, conquanto, as leis eleitorais são leis federais, de competência legislativa da União. A Constituição Federal, nesse mister, não oferece suporte algum que estenda a competência regulamentar, própria do Chefe do Poder Executivo, a um tribunal do Poder Judiciário, da Justiça Eleitoral, que lhe autorizasse inovar sobre lei federal em caráter geral e abstrato. Nessa linha, não se deveria descurar que as normas de competência referentes à Justiça Eleitoral estão mormente assentadas no plano infra-constitucional e, não bastasse isso, advieram de um ordenamento constitucional com o qual se deu ruptura. LUÍS ROBERTO BARROSO (2002, p. 68) trata do *princípio da continuidade da ordem jurídica* predizendo:

Ao entrar em vigor, a nova Constituição depara-se com todo um sistema legal preexistente. Dificilmente a ordem constitucional recém-estabelecida importará em um rompimento integral e absoluto com o passado. Por isso, toda a legislação ordinária, federal, estadual, municipal que não seja incompatível com a nova Constituição conserva sua eficácia. Se assim não fosse, haveria um enorme vácuo legal até que o legislador infra-constitucional pudesse recompor inteiramente todo o domínio coberto pelas normas jurídicas anteriores.

Portanto, depreende-se, nada obstante não se romper em absoluto com a ordem jurídica precedente todo o aparato normativo subsistente para conservar sua eficácia no novo

ordenamento jurídico não pode ser incompatível com os termos da Constituição que ora lhe dá referencia.

Lancear-se-ia, nesse sentido, que não haveria guarida constitucional vigente para um poder regulamentar estendido ao Tribunal da Justiça Eleitoral, mesmo que se admita, em equívoco, que a legislação infraconstitucional anterior à ordem constitucional regente lhe dispusesse tal poder. Avante ver-se-á que não só é ausente autorização constitucional nesse sentido como, corolário, menos ainda a Constituição Federal autoriza competência legislativa ao Tribunal Superior Eleitoral em matéria eleitoral. Sistemáticamente proíbe.

Nessa linha, por essa razão, a doutrina, ao sustentar essa “competência normativa” à Justiça Eleitoral, faz-lo comumente explanando a especialidade de funções da Justiça Eleitoral que em tese divisá-la-ia do sodalício de órgãos do Poder Judiciário cuja competência tipicamente jurisdicional edifica seu principal fim. PAULO JOSÉ M. LACERDA, RENATO CÉSAR CARNEIRO e VALTER FÉLIX DA SILVA (2004, p. 24), ao traçarem comparação ao sistema administrativo de fiscalização das eleições nos Estados Unidos da America, que é centrado nos poderes legislativos estaduais, defendem:

No Brasil, diferentemente dos Estados Unidos da America, criou-se um órgão integrante do Poder Judiciário com a função específica e predominantemente jurisdicional, mas com características peculiares, porque não se restringe a julgar os casos que lhe são submetidos, como também lhe compete administrar e organizar a própria eleição, responder Consultas, além de velar pela sua regularidade e legitimidade, por meio de ação fiscalizadora.

De outra banda, FÁVILA RIBEIRO (2000, p. 177-178) arrima a amplitude de funções da Justiça Eleitoral brasileira afirmando sua variabilidade em razão, também, de seu mister:

Está colocado ao dispor da Justiça Eleitoral um complexo equipamento funcional, de diferentes naturezas, para exercício de controle sobre as atividades relacionadas à participação popular no processo político, visando a garantir a autenticidade dos pronunciamentos eleitorais, em todos os atos reservados à direta tomada de decisão cometida ao povo, ou para efetivação da escolha de seus representantes. É certo que outros ramos do Poder Judiciário possuem também heterogêneas reservas funcionais, nenhum dos quais, porém, com a amplitude da Justiça Eleitoral.

É posto que insta larga referência às heterogêneas reservas funcionais, ou funções especializadas, atribuídas ao âmbito de atuação Justiça Eleitoral; sendo que, no carrilhão de competências especializadas a doutrina tende a reconhecer a sua competência normativa/regulamentar com fulcro no parágrafo único do artigo 1º e no inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral, no artigo 61 da Lei dos Partidos Políticos (Lei n.º 9.096/95) e no artigo 105 da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/97).

Nesse sentido, JOSÉ JAIRO GOMES (2010, p. 59) sumariza quatro funções especializadas da Justiça Eleitoral designando-as em i) *função administrativa*; ii) *função jurisdicional*; iii) *função normativa* e iv) *função consultiva*. Nessa perspectiva ter-se-ia o seguinte quadro:

i) A função administrativa: incumbe preparar, organizar e administrar todo o *Processo Eleitoral*. O administrador, *in casu*, não poderá quedar-se inerte face aos acontecimentos, portanto não se aplicará o princípio processual da demanda – *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*. Deverá o juiz eleitoral agir independente de provocação do interessado, a exercer o *poder de polícia* que lhe é inerente.

ii) A função jurisdicional: é a atuação na contenda, nas lides compostas, em que dar-se-á a prestação jurisdicional pela solução imperativa, em caráter definitivo, dos conflitos intersubjetivos erigidos perante o Estado-juiz. Há a substituição da vontade estatal pela dos litigantes. Faz-se atuar o Direito nos casos concretos mediante composição da lide.

iii) A função “normativa”: atualmente “distintiva” da Justiça Eleitoral, positivada, em tese, no artigo 1., parágrafo único, e no artigo 23, IX, ambos do Código Eleitoral, e ao artigo 105, *caput*, da Lei 9.504/97. As “Resoluções” seriam a expressão por excelência dessa função e ostentam *força de lei*, embora estejam hierarquicamente abaixo delas. Na definição de Bandeira de Mello (2002, p. 378) as resoluções teriam natureza de ato-regra, vez que “*criam situações gerais, abstratas e impessoais, modificáveis pela vontade do órgão que a produziu*”.

iv) A função consultiva: atine à prerrogativa “peculiar” do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais responderem consultas, atendendo critério de prevenção de litígios capazes a perturbar a regularidade e legitimidade do processo eleitoral. Tem base legal

nos artigos 23, XII, e 30, VIII, do Código Eleitoral, e pressupõe, para o conhecimento, os pressupostos de legitimidade do consulente e ausência de conexão com situações concretas.

Essa distribuição funcional supra delineada é comumente aceita face à peculiaridade da Justiça Eleitoral ser um órgão jurisdicional que carrega, máxime, a complexa missão de organizar, realizar e fiscalizar todo o “Processo Eleitoral” (podendo ser compreendidas suas fases desde alistamento eleitoral, pedidos de registro de candidaturas, propaganda eleitoral, votação, apuração até a diplomação dos eleitos).

Nessa linha, o quadro de reservas funcionais heterogêneas aludido depreende a desdúvidas uma jurisdição eleitoral *ratione materiae* ladeada por uma função administrativa que revela seus efeitos para fora da própria Administração Pública e dirige-se aos particulares, à sociedade, espraiando o escopo democrático pela sua via mais nobre, a condução de representantes do povo ao Poder mediante sufrágio.

Conquanto, administrar e fiscalizar o Processo Eleitoral e julgar as contendas em que se dirigem contra o Estado para aplicar a Lei Eleitoral no caso concreto, em hipótese alguma se confundem com legislar em matéria eleitoral. Aos dispositivos, em especial, do Código Eleitoral, insta reconvir que não há “poder legislativo” da Justiça Eleitoral previsto ou admitido. Há no máximo a previsão da expedição de *instruções*, na exata acepção do termo.

Acrescer-se-ia, em nada obstante, a previsão constitucional da função atípica do Poder Judiciário de legislar atribuída à expedição dos Regimentos Internos dos Tribunais e nesse cerne findar-se-ia. Nessa linha CELSO RIBEIRO BASTOS (1992, p. 315) defende: “O Judiciário, além de sua função típica, que é jurisdicional, exerce funções atípicas, quando administra e quando legisla. Administra, quando concede licença e férias aos seus membros e aos serventuários (art. 96, I, *f*); **legisla**, quando edita normas regimentais (art. 96, I, *a*)”.

Em consectário, a Justiça Eleitoral, conforme esposado lançaria sua função de natureza legislativa quando a exerce na edição de seus regimentos internos (que no âmbito procedimental da atividade jurisdicional impende relevante disposição inclusive dos Tribunais Regionais Eleitorais) e quando edita, obviamente, normas estritamente referentes à Administração de seus órgãos. Mais do que isso, em matéria normativa, a Constituição não lhe permite. Nesse sentido ENEIDA DESIREE SALGADO (2010, p. 234) arrima:

A Justiça Eleitoral não está entre os órgãos competentes para a expedição de atos normativos segundo a Constituição. Logo, a elaboração de resoluções não tem respaldo constitucional. Não obstante, essa questão não se coloca,

seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. O que se pode admitir é a expedição de instruções, compreendidas adequadamente – que se destinem apenas à atuação administrativa da Justiça Eleitoral, sem possibilidade de seus efeitos atingirem os particulares.

Nessa linha, pode-se concluir, não se encontraria apoio no texto constitucional vigente o fundamento de justificação que autorize à Justiça Eleitoral legislar além da edição de suas normas regimentais e normas de administração internas. Nada obstante isso, a realidade prática revelada denota um cenário de ampla disposição normativa pela via do “poder regulamentar” da Justiça Eleitoral ainda que o cotejo perante as normas regência das competências legislativas e regulamentares na Constituição Federal não lhe ofereçam esse suporte.

Inclusive no plano de eficácia as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral podem ensejar tensão a princípios constitucionais lanceados à proteção dos particulares perante a Lei, tamanha sua intervenção e inovação na esfera de direitos e obrigações, sendo que, a essa natureza de disposição somente um instrumento legislativo com participação do Parlamento poderia impor.

Nessa linha THALES TÁCITO PONTES LUZ DE PÁDUA CERQUEIRA (2006, p.7-8) aponta para a ameaça das resoluções com força de lei aos princípios constitucionais da *Anualidade Eleitoral* (rules of the game) e da *Harmonia e Separação dos Poderes*:

A melhor exegese deve ser teleológica, principiológica constitucional, ou seja, sendo ato normativo primário, as resoluções do TSE devem respeitar o artigo 16 da CF/88, do contrário o Judiciário estaria, por via oblíqua, fazendo papel de legislativo positivo, sem nenhuma restrição, gerando hipertrofia de poder e violando a harmonia e independência dos Poderes (check and balance – artigo 2º da CF/88). Logo o princípio do “*rules of the game*” também incide nas resoluções do TSE/Tribunal Regional Eleitoral – TRE que alterarem o processo eleitoral, assim entendidos como tal.

A afirmação revela o reconhecimento do que na prática judiciária eleitoral tem-se referendado, uma vez que assente o reconhecimento da “força de lei” com a qual se expede e faz-se cumprir pela (mesma) via jurisdicional as resoluções e ainda esposa o confronto com dois princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira. Acresce-se, ainda, o perfilhamento dos problemas dessa realidade normativa que denota eventualmente uma via

oblíqua pela qual o Poder Judiciário estaria fazendo a função de legislador positivo, “gerando hipertrofia de poder e violando a harmonia e independência dos Poderes”. Não que a incidência do princípio insculpido no artigo 16 da Constituição Federal, da *Anualidade*, emprestasse alguma legitimidade às resoluções, pelo contrário aquiesce que se está legislando em matéria eleitoral.

Conquanto há posicionamento doutrinário a defender que a expedição de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral não estaria violando o princípio da separação dos poderes mas aperfeiçoando-o. Nessa linha erigem PAULO JOSÉ M. LACERDA, RENATO CÉSAR CARNEIRO e VALTER FÉLIX DA SILVA (2004, p. 94):

Imagine-se uma pretensa reeleição do Presidente da República. Caso ele viesse a utilizar o seu poder-dever de regulamentar as leis, no caso, a lei eleitoral, possivelmente procuraria de alguma forma favorecer o grupo político que lhe dá apoio. Ocorrido esse fato, a lisura e o princípio da igualdade entre os concorrentes restariam comprometidos. Nessa ótica, a função regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral constitui importante instrumento de aperfeiçoamento do princípio da separação dos poderes, através da limitação do poder regulamentar inerente ao executivo, bem como do regime democrático, favorecendo a legitimidade dos escolhidos nas urnas.

Não obstante, consubstanciar-se-ia não haver fundamento sustentável dessa vênua, por esse viés, posto que em se tratando de poder regulamentar (o verdadeiro), conforme esposado, a Lei que pretensamente interviria no processo eleitoral já estaria devidamente editada pelo Parlamento e com o devido respeito ao princípio do “rules of the game”, só havendo espaço para regulamentação *a posteriori* e nos limites da fiel execução do diploma legislativo.

Ademais não é razoável admitir-se, contra a Constituição, que o exercício de uma função regulamentar não prevista na Carta Maior se justifique exatamente para controlá-la. Nesse sentido, ENEIDA DESIREE SALGADO (2010, p. 237) preleciona:

A Justiça Eleitoral exerce funções regulamentares sem autorização constitucional ou legal. O exercício (não autorizado constitucionalmente) dessa competência legal não afasta a atuação do Presidente da República na regulamentação da legislação eleitoral, em face de seu poder de regulamentação geral assegurado pela Constituição. A atuação do Tribunal

Superior Eleitoral em matéria de resoluções, se admitida (inobstante sua inconstitucionalidade), deve se subordinar à noção de função regulamentar de maneira estrita: aquela em que não há espaço para discricionariedade qualquer, mas apenas se deve desdobrar, especificar o que a lei determina de modo genérico.

Nessa linha concluir-se-ia que não há previsão constitucional autorizadora a expedição de resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral no exercício de sua “competência normativa” e, mesmo na hipótese de se admiti-la, em esquivia à Constituição Federal, dever-se-ia, ao mínimo, atender aos limites estritos referidos ao poder regulamentar, posto que, as *instruções* ou *resoluções* são atos inferiores e subordinados às leis produzidas pelo Parlamento.

2.3 O PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL INSERTO NESSE CONTEXTO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O exame da referência do poder normativo da Justiça Eleitoral uma vez que trata de leis de matéria eleitoral e disposições de atos de caráter geral e abstrato guarda, conforme visto, uma relação ontológica que tenciona naturalmente com o princípio da legalidade previsto no ordenamento jurídico brasileiro no inciso II do artigo 5.º da Constituição Federal.

Prediz o dispositivo fundamental que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Em se trazendo o preceito para a seara Eleitoral insta assentir a leitura específica e restrita deste princípio constitucional, dado o valor da Lei Eleitoral na disposição sobre o processo condutor de representantes populares ao Poder.

Nesse sentido VALMIR PONTES FILHO (1996, p. 198) consigna:

Poder-se-á até dizer que a lei eleitoral, embora não *formalmente* constitucional, o é sob o aspecto *material*, posto que dela dependerá a sobrevivência na prática, daqueles princípios constitucionais considerados “pedras de toque” do sistema político nacional. Daí a necessidade de ter-se, em relação a tal matéria, um regramento estável, dotado daquela mesma “índole de permanência” de que devem desfrutar as normas constitucionais, para que, inclusive, se torne de amplo e normal conhecimento pelos seus endereçados-normativos: eleitores e candidatos (...) O que se tem, no

entanto, é que uma nova lei eleitoral é formulada para cada *eleição*, o que torna seu processo de conhecimento – o que dizer do de sua *interpretação*, que não é apenas ato de conhecimento, segundo *Kelsen* – extremamente difícil, senão aleatório.

Pode-se defluir a importância da legalidade em matéria eleitoral posto que o processo eletivo resguarda, nesse sentido, muitos dos valores centrais concernentes ao Estado Democrático de Direito sob a égide da Constituição Federal. Em conseqüência, a instabilidade nos regramentos normativos eleitorais impondria verdadeiras “acrobacias hermenêuticas” em face de mudança de opinião a cada situação fática nova sendo esse quadro de insegurança jurídica contribuído pelas “resoluções” do Tribunal Superior Eleitoral.

Para o autor retrocitado (1996, p. 198-199) a aludida intervenção do Tribunal Superior Eleitoral na regulamentação de regras para o processo eleitoral age fora do âmbito de suas competências a infringir o Princípio da Legalidade, assim dispondo:

Não raro, o próprio Tribunal Superior Eleitoral, diante de lacuna “técnica” (a falta de norma específica, na classificação de *Maria Helena Diniz*), põe-se a editar “resoluções” que importam obrigações de fazer ou não fazer, com o intuito de viabilizar o próprio processo eleitoral. Mas, quando assim age, a desdúvidas, desbordando de suas competências, infringindo o princípio da *legalidade* (CF, art. 5.º, II).

Sobremaneira insta conferir que ao princípio da legalidade está velado a missão de resguardar o particular perante os arbítrios do Estado, sendo essa concepção clássica e subjacente primordial. ALEXANDRE DE MORAES (2002, p. 69) preleciona que “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”; nessa linha “com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor de poder em benefício da lei”.

Nesse sentido reafirma-se a aplicação perfeita do princípio da legalidade para afastar a imposição de obrigações pelo Poder Público aos particulares por qualquer outro instrumento que não seja a *lei*, e arrima-se, em corolário, que o preceito constitucional em lume não admite que “decreto”, “regulamento”, “portaria”, “resolução” ou outras vias que se avenge,

possa, por si só, interferir na esfera de direitos dos particulares. Arrima CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (2010, p. 345), invocando pensamento ponteano¹, que:

Consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado *princípio da legalidade*, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em conseqüência pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei.

Portanto, estatui-se com o raciocínio exposto, que uma vez constatadas imposições autônomas estabelecendo, alterando ou extinguindo direitos por vias escusas à lei estar-se-ia, em conseqüência do Princípio da Legalidade, no direito brasileiro, diante de abuso de poder e invasão de competência legislativa.

Sobre essa faceta de proteção contra a atividade estatal, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2010, p. 63) assevera que a *lei*, ao mesmo passo em que define direitos individuais, provê também limites à atuação administrativa com vistas a restringir, em benefício da coletividade, o exercício desses direitos. A legalidade nesse caso dirige-se contra o Estado, impondo-lhe limites à restrição de direitos do cidadão, ou da criação de inovadas obrigações e regras de conduta.

Ao Estado, sob égide do princípio da legalidade, somente é podido fazer o que a lei lhe permite. Sendo essa uma das facetas do comando em máxima, insculpido no artigo 37, pareando-se no disposto ao precitado artigo 5º, inciso II, ambos da Constituição Federal.

A outra face, de forma complementar, seria incidente no âmbito das relações privadas, aduz à autonomia da vontade, que no esteio da insigne autora, oportuna a referência faz-se à carta de 1789 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao artigo 4º chancela:

A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os assegurem aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.

¹ in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969, 2º Ed., t. III, Ed. RT, 1970, p.314.

Ainda assim, é evidente que quando a lei atribui competência, atribui parcela de *poder*. E o único *poder* legitimado no Estado Democrático de Direito é aquele fundamentado na Constituição. Se a *justificação formal*, e também *material*, dessa medida de poder não está explicitada na Carta constitucional, certamente não será válido, nem legítimo, o poder exercido contra a Constituição e suas garantias fundamentais.

Acresce, arrimando a importância do preceito constitucional, MARÇAL JUSTEN FILHO (2008, p. 102-103) que se pode aventar a existência da legalidade não só como princípio, mas com natureza de regra.

A proposição atinaria à necessidade de se mitigar a eventual incerteza ou indeterminação relativa ao conteúdo normativo exposto, enquanto sob o caráter de princípio. De modo que, sob pena de se veicular oportunidade a nascimento de direitos e obrigações não dispostos em lei, impende afirmar a legalidade como *princípio*, mas, também como *regra*.

Certo que o dispositivo constitucional em comento, a par da natureza de princípio ou regra, impõe verdadeira vedação ao nascimento de direitos e obrigações alheios à previsão legal.

Insta denotar que, conquanto, *in casu* órgão jurisdicional, não se está a baila natureza de eficácia normativa predominante da prestação jurisdicional na sentença, como no peculiar mister das *sentenças normativas* de eficácia *erga omnes* de Corte Constitucional. Também a rigor, face ao texto constitucional, não se trata de regulamentos de execução da Administração Pública, embora as similitudes lanceadas pela doutrina entre as duas figuras (instruções do TSE e regulamentos do Poder Executivo), conforme delineado tenham sido, em equívoco, longa data aceitas. Aproximar-se-iam, em verdade, as *instruções* do Tribunal Superior Eleitoral idealmente ao escopo administrativo na disposição de meras explanações ao exercício das disposições já positivadas na lei eleitoral.

O destinatário dessas instruções, idealmente, seria não outro o próprio matiz administrativo da Justiça Eleitoral, não havendo proposição na Constituição Federal de qualquer possibilidade expressa do uso de regulamentos por esse órgão de jurisdição. Ainda que, alternativamente, se assentida uma autorreconhecida competência normativa/regulamentar da Justiça Eleitoral, legislar por esse caminho, ressalvada a competência para editar os Regimentos Internos e normas de administração de seus órgãos, é multiplamente vedado pela Constituição, sendo somente a lei eleitoral editada pelo Parlamento em ambiente democrático de discussão a estar autorizada a dispor sobre a matéria.

Nessa linha ENEIDA DESIREE SALGADO (2010, p. 216) invoca o princípio da legalidade específica em matéria eleitoral prelecionando:

O desenvolvimento deste princípio se relaciona diretamente com a competência da Justiça Eleitoral e com sua função na verificação de poderes. As regras do jogo eleitoral, esqueleto do regime democrático, devem necessariamente se originar do Parlamento, e de um Parlamento formado a partir da representação das forças sociais. No Brasil não tem sido assim. A Justiça Eleitoral, com a conivência do Supremo Tribunal Federal ou a partir do seu impulso, inova em matéria eleitoral, a partir de uma autorreconhecida “competência normativa”.

Nesse sentido aduz-se que em favor do próprio regime democrático insta basilar a edição das leis em matéria eleitoral sob processo legislativo constitucional em que a representatividade proveja o tom da discussão legítima; e não por vias oblíquas à lei pelas quais não subjazem nem a deliberação (direta ou indireta) dos interesses da sociedade civil na definição do processo de escolha de seus mandatários, nem fundamento constitucional a lhe ensejar suporte.

Portanto para o caso da lei eleitoral se está em jogo um pilar fundamental da democracia, a definição das regras do processo eleitoral, e o ainda o direito fundamental à liberdade e igualdade, que se protegem via Legalidade, nesse âmbito caro a qualquer sociedade democrática. Arrima, em arremate, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (1996, p. 44) que:

A expressão *democracia* designa um sistema político assentado nos postulados da liberdade e da igualdade de *todos* os homens e volvido a assegurar que o governo da sociedade seja fruto de deliberações (*respeitosas destes valores*) tomadas, direta ou indiretamente, pelo conjunto de seus membros, havidos como titulares últimos da soberania. Sob tal pressuposto haver-se-á de considerar que o Estado Democrático de Direito é o que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados.

Nessa linha, tem-se como consectário acrescer a insurgência perante o uso desse instrumento normativo que ao largo da Constituição Federal punge reiterada “força de lei” a meras instruções legiferando sobre matéria eleitoral e constitucional. O Estado Democrático

de Direito como se sabe funda-se no respeito à Constituição em sua supremacia; esta quando *reserva a lei* em matéria eleitoral privativamente à competência legislativa do Congresso Nacional está a preservar a legitimidade e representatividade na escolha das regras do jogo que elegerá e conduzirá mandatários do povo ao Poder.

CAPÍTULO 3: A RESOLUÇÃO N° 22.610/2007 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

3.1. AS INSTRUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Tem-se afirmado a passos largos na doutrina que “o Poder Legislativo, ao editar as leis em matéria eleitoral, deixa sempre uma substancial margem de complementariedade afeta ao poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral” (RAMAYANA, 2009, p. 83).

Em consonância, um autorreconhecido poder normativo/regulamentar da Justiça Eleitoral teria amparo, à massiva parte da doutrina, no disposto no artigo 1º, parágrafo único, e artigo 23, inciso IX, ambos do Código Eleitoral vigente, acrescido do artigo 105, *caput*, da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições) e artigo 61 das disposições finais e transitórias da Lei n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).

Não obstante, conforme se esposou, não há poder regulamentar conferido pela Constituição Federal à Justiça Eleitoral. Ainda que alternativamente assentida a incidência do Poder Regulamentar da Justiça Eleitoral com base nas normas infraconstitucionais eleitorais, menos ainda se admite face ao Princípio da Legalidade estrita em matéria eleitoral a edição de instruções “com força de lei” inovando primariamente o ordenamento jurídico.

Portanto, deflue-se, na leitura desses dispositivos não se pode descurar da natureza eminentemente administrativa que cerca o nível das instruções. Conforme se viu, no escólio de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO (2010, p. 369-370), resoluções, instruções e portarias são atos inferiores ao próprio regulamento, de menores poderes. Nesse sentido arrima o doutrinador:

Tudo quanto se disse a respeito do regulamento e de seus limites aplica-se, ainda com maior razão, a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo. É que, na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento. Enquanto este é ato do Chefe do Poder Executivo, os demais assistem a autoridades de escalão mais baixo e, de conseguinte, investidas de poderes menores (...) Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade.

Consectário, em se tratando de *instruções* o âmbito de normatização impender-se-ia bastante restrito, subalterno à Lei e sem possibilidades de inovação legislativa. Ao mesmo nível de aporte das portarias, a exemplo, lanceariam prestar as *instruções* de revestido caráter administrativo, a instruir, quando necessário, como executar os comandos dos regulamentos e das leis. São idealmente instrumentos que esclarecem, expõem ao claro, eventuais disposições que remanesceram obscuras no texto legal, e instam, pois, explicitação de seu significado para fiel execução do espírito da norma.

Nessa linha, vejam-se os dispositivos infraconstitucionais (com nossos grifos).

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

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

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

IX - expedir as **instruções** que julgar **convenientes à execução** deste Código;

O parágrafo único do artigo de abertura do Código Eleitoral de 1965 dispõe explicitamente que é competente ao Tribunal Superior Eleitoral expedir *instruções* para sua fiel execução. O núcleo duro do qual afloram as normas regentes de competência de toda a Justiça Eleitoral é, por enquanto, o *codex* eleitoral de 1965, nessa parte recepcionado pela Constituição de 1988 com natureza de Lei Complementar.

Outrossim, vale atentar que a lei dispor a competência de se expedir *instruções* (a qualquer órgão da administração pública) não designa punzir as disposições constitucionais contemporâneas. Aliás, apenas reforça a natureza administrativa da Justiça Eleitoral que deve administrar seu corpo de órgãos e também todo o “Processo Eleitoral”; nesse sentido último, deve-pode executar a lei eleitoral.

Depreende-se que prover azo à execução de norma, quando necessário mediante a expedição de outro instrumento de execução, é, em primeiro lugar, dar vida à primeira. Torna-se, pois, um instrumento que completa o caminho da norma jurídica do nascimento legítimo

(Parlamento), em instrumento idôneo (Lei), por fim, ou finalidade prima, culminar na expressão de seus efeitos posto que lhe é provida eficácia. A execução material do Código Eleitoral, e da legislação eleitoral extravagante, afinal, é a finalidade única da expedição de *instruções* pelo Tribunal. Pois é desse único âmbito que advém sua competência, não havendo autorização a *competência legiferante*. Na seqüência o *codex* dispõe ao artigo 23 o rol de competências *privativas* conferidas ao Tribunal Superior Eleitoral, dentre elas, o inciso IX, que consubstancia a competência do colegiado em expedir as *instruções* que julgar **convenientes** à execução deste Código.

Deflue-se coadunados por esses dois dispositivos os caracteres de **fidelidade** e **conveniência** à execução das leis eleitorais como as linhas-mestras que dão a nota das referidas *instruções*. Em verdade, é possível compreender a fidelidade na natureza subalterna da instrução à lei não lhe restando espaço para inovação primária, mas somente explicitação *secundum legem*. De outro lado, a conveniência deve ser compreendida na expedição ou não das instruções, não se relacionando à matéria atinada. Nessa linha, sobre as *instruções* veja-se o entendimento esposado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE em voto de ADI n° 2626-7-DF:

O juízo de **conveniência**, confiado ao TSE, tem por objeto a **expedição ou não** da instrução, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do Código – e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral –, está subordinado à Constituição e à lei. É verdade – além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme – pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida da necessidade de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei. Óbvio, entretanto, não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador; por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer o “**silêncio eloqüente**” de uma ou de outra.

Se o âmbito normativo que designam esses instrumentos é extrapolado há, em primeira vista abuso de poder (mas também invalidade perante a constituição). Isso porque a prerrogativa de expedir meras instruções não se confunde, conforme dito, com legiferar. Entretanto, a jurisprudência costuma enfrentar o tema como mera ilegalidade que atinge de modo reflexo, mediato, a Constituição, esvaindo-se do enfrentamento.

In casu, o objeto de pesquisa (resoluções) é apontado diuturnamente como o fruto da *função normativa/regulamentar* da Justiça Eleitoral. Importa, ao intento, analisar que o termo

“resoluções” é equivocado e impertinente ao fim que se tem dado na realidade eleitoral, posto que, consoante se extrai da legislação infraconstitucional, é prevista a expedição de *instruções*, e, diploma algum, nesse mister, atine-se a resoluções. Na toada, CELSO RIBEIRO BASTOS (1992, p. 311) ensina ao tratar das espécies normativas:

As resoluções são atos de competência privativa tanto do Congresso Nacional como do Senado Federal e da Câmara. Têm como conteúdo matérias tais como a delegação (art. 68), a suspensão de lei declarada inconstitucional (art. 52, X), a fixação de alíquota (art. 155, § 2.º, IV), onde se nota a predominância das medidas de caráter concreto, em contraposição ao decreto legislativo, que veicula preferencialmente assuntos de caráter genérico.

Em consectário defluir-se-ia *resoluções* são espécies normativas (alçadas para fins predeterminados no texto constitucional) com a predominância do caráter concreto, diferentemente dos decretos legislativos cuja prevalência é de disposições gerais. Insta gizar que são atos de competência privativa do Poder Legislativo, autorizados ao Congresso Nacional, ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados. Defluir-se-ia, nessa linha, impróprio o uso da nomenclatura resoluções na expedição de instruções pela Justiça Eleitoral.

Oportuno, nesse íterim, abordar sobre as *consultas*; conforme a previsão infraconstitucional elas seriam expressas também por competência privativa do Tribunal Superior Eleitoral. Não obstante, sua natureza difere daquela que encerra as *instruções*. Delineia-se ao epigrafo artigo 23 do Código Eleitoral, ora ao inciso XII, que compete ao TSE: *XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;*

Dessa sorte, as *consultas* substanciam respostas da Corte Eleitoral em face de indagações formuladas em abstrato pelos entes legitimados no Código (autoridades com jurisdição federal ou partidos políticos mediante seus respectivos órgãos nacionais). Os consulentes só poderão argüir questões em tese, sequer devendo ser conhecida a consulta que versar sobre caso concreto. A função *consultiva* da Justiça Eleitoral, se admitida, deveria espelhar não mais que uma decisão administrativa sugerindo os rumos da interpretação da lei eleitoral em determinados pontos necessários de explicitação. As *consultas*, em sendo atos administrativos, consectário, limitar-se-iam idealmente pelo mesmo raciocínio supra

esposado² de que “(...) não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer o **silêncio eloqüente** de uma ou de outra.”

Conquanto, se usada ao revés dessas limitações, questiona-se: caberia ao TSE tecer em abstrato a última palavra do que diz a lei eleitoral? A princípio, a natureza da resposta à consulta não é vinculante, funcionalizada mormente como norte interpretativo.³

Lancear-se-ia, em adendo, que apesar da possível semelhança teleológica que se possa aludir aos institutos *instrução* e *consulta*, são, em tese, instrumentos de natureza distinta e finalidades desvinculadas entre uma e outra.

O Min. MARCO AURELIO no seu voto em julgamento de ADI n° 3.345-0-DF, ao sustentar sobre *consultas* e *instruções*, defende a ausência de limites ao objeto da consulta e, em contraponto, apertada restrição no âmbito das instruções:

(...) Cumpre ao Tribunal Superior Eleitoral responder a consultas sobre matérias eleitorais. Lá, tenho sustentado que pouco importa o documento normativo de cotejo. Poderá fazê-lo inclusive quanto ao contido na Constituição Federal. É o decorrente da previsão do inciso XII do artigo 23 do Código Eleitoral. Não há nesse inciso qualquer limitação. Não se revela que as consultas devam estar restritas ou estritas ao contido no Código. No tocante à edição de instruções a norma é substancialmente diversa ao prever a competência do Tribunal Superior Eleitoral. Aí temos, no inciso IX do mesmo artigo 23, que à Corte incumbe baixar instruções para a observância, a observação, do cumprimento do Código Eleitoral. Não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral e nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal, que está no ápice da pirâmide do Judiciário, regulamentar a Lei Fundamental, por melhor que seja a intenção – e o Brasil está cheio de bem-intencionados.

Entretanto, na práxis, não tem sido rara a vinculação do entendimento alçado na *consulta*, por vezes também inovador à legislação, engendrar, na seqüência, a expedição da *instrução* respectiva para lhe dar ares de norma cogente. Se a resolução expedida extravasa a

² O Min. Sepúlveda Pertence em ADI n° 2626-7-DF faz referência ao próprio voto (vencido) na Consulta TSE n° 715; a ação perante o STF carreava a insurgência face o §1° do art. 4° da Instrução n° 55 – Classe 12 – Distrito Federal, “aprovada” pela Resolução TSE n° 20.993 de 26 de fevereiro de 2002, que dispôs sobre a vinculação das candidaturas federais e estaduais, com base na interpretação lançada pela referida *consulta* acerca do art. 6° da Lei n° 9.504/97.

³ Acórdão TSE n° 23.404/04.

lei então será um problema de legalidade (eleitoral) não controlável por fiscalização abstrata de constitucionalidade⁴. Sobre a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade das instruções do TSE, oportuno trazer o gizado à Ementa do julgado em ADI n.º 3.345 – DF, de relatoria do Min. Celso de Mello⁵:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se a resolução estatal questionada assumir a qualificação de ato normativo (RTJ 138/436 – RTJ 176/655-656), cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes. Precedentes. – Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que, impugnada na presente ação direta, encerra, em seu conteúdo material, clara “*norma de decisão*”, impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o necessário *coeficiente de normatividade qualificada*, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata.

As *instruções* com fulcro nos artigos 1º, parágrafo único, e 23, inciso IX, do Código Eleitoral volveram-se na prática verdadeiros veículos normativos; adicionam o panorama de regras insculpidas na legislação eleitoral e eventualmente delineiam nova leitura a normas constitucionais. Oportunamente, por fim, lei eleitoral que transborda o codex prevê novamente o instituto das *instruções*. A Lei n.º. 9.504 de 30 de setembro de 1997, “Lei das Eleições”, com nossos grifos, dispõe:

⁴ Ao menos tem sido essa a posição esposada pelo STF: A Min. Ellen Gracie no julgamento da ADI n.º 2626-7-DF arrima a manifestação do Advogado-Geral da União Substituto, Walter do Carmo Barletta, que pugna “a questão acerca dos limites do ato está pois, adstrita ao âmbito da legalidade, já que a alegada inconstitucionalidade depende da prévia análise do art. 6º da Lei objeto de consulta dirigida ao TSE, da prerrogativa de responder a consultas e do poder regulamentar previsto no art. 23, inciso XII, do Código Eleitoral. Nesse caso, não cabe ação direta de inconstitucionalidade.”

⁵ ADI proposta pelo Partido Progressista (PP), ladeada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) na ADI n.º 3.365-DF, em insurgência à Resolução TSE n.º 21.702/2004 que legiferou sobre o critério de fixação de número de Vereadores nos Municípios, disposto no art. 29, inciso IV, da Constituição Federal.

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao **caráter regulamentar** e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as **instruções** necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.⁶

A Lei das Eleições dispôs no supra inscrito art. 105, que o Tribunal Superior Eleitoral poderá expedir *instruções* que julgar necessárias à fiel execução, ora, da própria lei em comento. Novamente a fidelidade à execução dos comandos normativos previstos é condição, nesse viés, para “idônea” produção dessas pletoras de regras.

Na seqüência, nada obstante, o dispositivo grava a essas instruções o caráter explicitamente “regulamentar”; ainda, prescreve que as instruções editadas expedir-se-ão “sem restringir direitos ou estabelecer sanções não previstas nesta Lei”. Seria, então, por força dessa disposição da Lei n° 9504/97 que se atribui ao Tribunal Superior Eleitoral a competência de expedir *regulamentos*? Não se olvidaria que, de acordo com o revisto artigo 121 da Constituição Federal, incumbe à Lei Complementar dispor sobre a competência dos Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais.

Condicionar-se-ia sobremaneira, por fim, a edição dos regramentos à *prévia oitiva em audiência pública dos delegados ou representantes dos partidos políticos participantes* do pleito eleitoral vindouro. Por essa via, pelas explícitas restrições talvez, não se despachem muitas resoluções com esse fundamento legal; embora, o prazo limite do dia 05 de março de cada ano eleitoral ainda seja tomado como certo paradigma.

Não obstante, o Código Eleitoral, cerne da legislação eleitoral, ainda previu uma abertura no mesmo rol de competências privativas do artigo 23. Dispõe o inciso XVIII do artigo em epígrafe que compete ao Tribunal Superior Eleitoral *tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral*. Com esse fundamento em especial é que se “embasa” a Resolução n°. 22.610 do TSE, de 25 de outubro de 2007, que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa, bem como o processo de justificação da desfiliação partidária⁷.

⁶ A redação original, reformada pela Lei n° 12.034/2009, era mais permissiva, e assim dispunha: “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”.

⁷ A Lei dos Partidos Políticos, Lei n° 9.096/95, dispõe, de forma especular, ao seu art. 61 que “o Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei”. Conquanto, ver-se-á, essa lei nada dispõe sobre perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, e nem poderia face à vedação constitucional. Nesse

3.2. ANÁLISE DA RESOLUÇÃO N° 22.610/2007

Chegado a esse ponto, insta-se dar relevo a alguns aspectos basilares na análise da referida Resolução n° 22.610 de 25 de outubro de 2007.

- (1) A Resolução TSE n° 22.610/2007 trata dos temas perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa bem como justificção da desfiliação partidária.
- (2) O tema *fidelidade partidária*, não obstante, é matéria do âmbito do Direito Constitucional e do Direito Partidário.
- (3) A *fidelidade partidária* que faz alusão a *instrução* do TSE esquadriha-se exclusivamente após a diplomação dos candidatos eleitos.
- (4) Não condiz o objeto da *instrução*, pois, com regras de *elegibilidade*, que tratam, máxime, o artigo 14 da Constituição Federal e a Lei Complementar n° 64/90.
- (5) O controle da *fidelidade partidária* do membro de poder político investido no cargo é/era incumbência dos Partidos Políticos, em nada tendo relação com o “Processo Eleitoral”.

Tendo em vista esses aspectos, primeiramente, não se deveria olvidar da função de uma Justiça Eleitoral no Estado Democrático de Direito da Carta, que, consoante dito, consubstancia competências finalizadas a verificação dos poderes, organização e fiscalização do “Processo Eleitoral”. Nessa linha, FÁVILA RIBEIRO (2000, p. 155-160) remonta à etiologia do sistema representativo na Inglaterra quando nas esferas parlamentares fora sentida a necessidade da instauração de idôneo e imparcial sistema de controle das eleições. Daí a decorrência para a jurisdicionalização da atividade de controle eleitoral. Nesse viés relembra:

sentido o dispositivo em referência teceria mais relação com o controle e registro dos partidos políticos perante a Justiça Eleitoral do que com outra implicação mais grave.

Montesquieu, em seu livro *Do Espírito das Leis*, conquanto publicado em 1748, não apenas demonstrava estar acompanhando as transformações políticas ocorridas na Inglaterra, mas que, pelos resultados consumados, por eles já se sentia habilitado a reconhecer e louvar os traços marcantes de sua Constituição e até apontá-la como admirável exemplo a ser aproveitado em outros Estados, levando em conta, principalmente, as áreas funcionais que ficaram harmonicamente limitadas, o que proclamava essencial pela ‘experiência eterna de que todo o homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar do mesmo; e assim irá seguindo até que encontre algum limite. E quem diria, a própria virtude precisa de limites’.

Portanto, aduzido que à própria “virtude” impende limites, não é difícil demonstrar a ausência de fundamento normativo (foco do trabalho) dessa *instrução*. Bastaria um rápido delinear do ordenamento positivo sobre o tema.

Segundo o escólio de CLÉMERTON MERLIN CLÉVE (2008, p.17) vejam-se as normas que enseja a Constituição Federal de 1988 no tratamento aos Partidos Políticos e à fidelidade partidária:

Contempla a Constituição de 1988 o instituto da fidelidade partidária. Dispõe o art. 17, § 1º, que os partidos políticos devem, nos seus estatutos, estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias. Por seu turno, a Lei 9.096/95 trata da matéria nos arts. 23, 24, 25. Nos termos do art. 25, o “estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, **ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários**”. Ao contrário, então, da Constituição anterior, a nova não prevê a possibilidade da perda do mandato em função de infidelidade partidária.

Gizadas essas características basilares da figura partidária, a Constituição Federal, então, dispôs no § 1º do artigo 17 sobre sua autonomia, sendo assegurada aos partidos políticos a autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de *fidelidade e disciplina partidárias*.

Portanto, nesses exatos termos, a Carta constitucional prescreve sobre a existência da fidelidade partidária no ordenamento político atual. Cabe, nessa linha, a liberdade de disposição no campo de cada agremiação partidária, nos respectivos estatutos, sobre as condutas ensejadoras de desrespeito à fidelidade e disciplinas estatuídas. Sobre os limites da caracterização das condutas caracterizadoras de transgressão aos regramentos partidários e decorrentes sanções CLEVE (2008, p. 25) preleciona que:

Se é certo, entretanto, que os partidos políticos contam com ampla margem de liberdade para a tipificação de condutas caracterizadoras de infidelidade partidária, não é menos certo que a aplicação das penalidade previstas estatutariamente dependerá do respeito aos ditames fixados em lei, designadamente na Lei 9.096/95, e na Constituição, em especial, no capítulo dos direitos fundamentais. Por outro lado, não se pode tolerar a desnaturação do instituto, de tal modo a permitir a emergência da ditadura partidária ou do domínio dos oligopólios políticos.

Nesse sentido, deflue-se, cabe aos estatutos dos Partidos Políticos observância mútua aos ditames, em prevalência, da Constituição e também da “Lei dos Partidos Políticos”, Lei n.º 9.096/95, especialmente no que prescrever às liberdades do exercício e funcionamento da agremiação partidária perante as Casas e respectivamente à autonomia dos filiados, eleitos ou não.

Grava-se, nada obstante, que o ideário plasmado nas disposições constitucionais de 1988 sobre partidos políticos carregava um mote de liberdade partidária, em oposição à ordem política autoritária que se buscou ruptura. Nessa linha, SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA (1996, p. 139) afirma:

A fonte do art. 17 da Constituição Brasileira – que a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1996, se propõe a regulamentar – é com a interrupção de 1937, a experiência iniciada em 1930 (mais precisamente com o código eleitoral de 1932), que floresceu a partir de 1945 e encerrou-se em 1964. O período de 1964 a 1985 é o contraponto autoritário que, nessa qualidade, matiza aquela experiência. Durante a Constituinte, no amplo receituário das propostas, ressurgiram as fórmulas restritivas e intervencionistas tão a gosto do autoritarismo: voto majoritário, cláusula de barreira, cartorialização do partido político. Foram derrotadas. O constituinte optou pela liberdade de

organização do partido político e assegurou-a com uma verdadeira garantia: nenhuma exigência, para sua criação, além daquelas que constem, da lei civil, para a existência de qualquer associação.

Conquanto, como supra asseverou Clémerson Merlin Cléve a ampla liberdade partidária, escopo democrático, não pode se confundir com a ditadura partidária ou prevalência dos oligopólios políticos sobre a vontade do povo e de seus mandatários. Em adendo, PALHARES MOREIRA REIS (1996, p. 187) traça alguns critérios que a Lei n° 9.095/95 elucidaria como balizas à atuação dos dirigentes partidários no que tange à edição de normas de fidelidade e disciplina partidárias:

a) quanto aos filiados – que a apuração da responsabilidade por violação dos deveres partidários é questão *interna corporis* e o estatuto deverá criar os mecanismos de apuração e punição, assegurando ao acusado amplo direito de defesa e garantindo que ‘filiado algum pode sofrer medida disciplinar ou punição por conduta que não esteja tipificada no estatuto do partido’, de modo a não existir perseguição com punições estabelecidas *ad personam*;⁸ b) quanto aos parlamentares – que o integrante da bancada partidária em qualquer casa legislativa deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidária -, o estatuto fixa orientações a respeito.

Proveu-se nesse sentido pela Constituição e pela Lei dos Partidos Políticos um âmbito de discricionariedade *interna corporis* volvido a aferir o descumprimento pelo filiado das diretrizes partidárias erigidas. Por outro lado, em se tratando de parlamentar o tratamento das punições determinadas em estatuto podem referir-se a conseqüências políticas intra-partidárias como restrição de voto nas reuniões internas ou perda de prerrogativas ou cargos inerentes à representação do Partido nas Casas Legislativas. Trata-se, para REIS (1996, p. 198), que “não é a perda do mandato parlamentar decidida pelo partido, mas uma série enorme de restrições ao parlamentar dissidente para o exercício do seu mandato, que fica preservado, pois a Constituição não prevê este tipo de desqualificação do parlamentar”.

⁸ Sendo clara referência ao princípio da tipicidade e da anterioridade da lei penal, estatuindo-se o caráter sancionador da contrapartida partidária.

Ter-se-ia como um dos fundamentos do modelo de democracia brasileira o *mandato representativo* em contraposição aos chamados *mandato de direito privado* e *mandato imperativo*. Nesse sentido a fidelidade partidária delineada na Carta Maior instaria ser interpretada também com esse norte que lhe proveu o sistema político constitucional. Nessa linha JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 138-139) preleciona que:

A eleição gera em favor do eleito, o *mandato político representativo*, que constitui o elemento base da democracia representativa. Nele se consubstanciam os *princípios da representação* e da *autoridade legítima*. (...) O mandato se diz *político-representativo* porque constitui uma situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa. È denominado *mandato representativo* para distinguir-se do *mandato de direito privado* e do *mandato imperativo*. O primeiro é um contrato pelo qual o outorgante confere ao outorgado poderes para representá-lo em algum negócio jurídico, praticando atos em seu nome, nos termos do respectivo instrumento (procuração); nele o mandatário fica vinculado ao mandante, tendo que prestar contas a este, e será responsável pelos excessos que cometer no seu exercício, podendo ser revogado quando o mandante assim o desejar. O mandato imperativo vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teria que seguir nas assembleias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores, antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação. Aí o princípio da revogabilidade do mandato imperativo.

Portanto, tem-se na democracia brasileira o modelo de mandato representativo que, por sua natureza, diverge da revogabilidade do mandato imperativo, posto que, basear-se-ia o exercício parlamentar na liberdade mínima de formação das convicções do mandatário. Só dessa forma, aliás, se conformaria um ambiente de deliberação efetivamente democrático e plural no Parlamento. Nesse sentido ENEIDA DESIREE SALGADO (2010, p. 71) preleciona:

Essa concepção de Parlamento como órgão de deliberação não se coaduna com um mandato vinculado, em que os representantes políticos recebem

instruções, de seu eleitorado ou do seu partido, e manifestam-se estritamente no sentido predeterminado, sendo impossibilitados de refletir sobre os outros argumentos apresentados. Antes, a existência de restrições para a decisão parlamentar revelaria uma democracia estatística, onde as preferências individuais ou grupais se manifestariam sem que se pudesse apontar os responsáveis pela decisão.

Nessa linha, deflue-se que a extensão prorrogada da noção de fidelidade partidária, especialmente no que tange à subordinação às “diretrizes” expedidas pelos comandantes dos partidos, pode remontar a uma demasiada vinculação da atuação parlamentar aos ditames da agremiação partidária. Não obstante isso, a par da noção de democracia representativa (insculpida logo no parágrafo único do art. 1º da Constituição atual), denotar-se-ia, contemporaneamente, uma tendência à democracia de partidos, em que se condicionariam os mandatos políticos estritamente aos interesses do grêmio. Decorre, a essa corrente, inclusive, a defesa da perda de mandato eletivo por mudança de legenda, que veda a Carta Maior. Dessa sorte CLEVERSON MERLIN CLEVE (2008, p. 29) alerta:

O único condicionamento previsto na Constituição quanto ao exercício do mandato decorre do instituto da fidelidade partidária. Porque, nos termos da Constituição, o exercício da capacidade eleitoral passiva depende da filiação partidária. Porque, nos termos da Constituição, o exercício da capacidade eleitoral passiva depende da filiação partidária, o controle, pelo partido político, da obediência às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção, pode implicar a eleição de determinados condicionamentos ao exercício do mandato. Todavia, esses condicionamentos, derivados do fechamento de determinadas questões pelos partidos, não podem chegar ao ponto de transformar inteiramente a natureza do mandato no Brasil. Trata-se, afinal, de mandato representativo, ainda, e não de mandato imperativo.

Conquanto a fidelidade partidária, em corolário, seja relativamente condicionante da atividade dos mandatários eleitos, pode-se concluir, em adendo, que o norte de disposições previstas no artigo 17 da Constituição Federal e na decorrente Lei dos Partidos Políticos giza de um lado a liberdade partidária na previsão de seus estatutos e de estabelecimento de suas diretrizes e regras de fidelidade e disciplina, e de outro, nada obstante, não prevê explicitamente sanções nem tipifica condutas “infiéis”. Nesse âmbito, deflue-se, cabia aos

estatutos partidários reger as normas punitivas e tipificar em anterioridade as condutas indesejadas.

Nesse sentido ANIS JOSÉ LEÃO (1996, p. 216) chega a criticar a falta de cogência das normas previstas na Lei n.º 9.096/95 no tocante à fidelidade partidária:

No que pertine à fidelidade partidária (art. 23 e seguintes da Lei) os congressistas pisaram em ovos. A figura da indisciplina, da violação dos deveres, da desobediência às diretrizes, nada disso traz sanção efetiva para o autor da conduta reprovada. (...) A ser do jeito que está na Lei n. 9096, por que não admitir o candidato avulso? Por que não tirar dos partidos o monopólio de apresentar candidatos a cargos eletivos? Já desde 1985, a EC n. 25 tinha eliminado a perda de mandato que Lei Orgânica dos Partidos (5.682/71) mandava aplicar por indisciplina e infidelidade partidárias.

Impende atentar, em corolário, que desde a Emenda Constitucional n.º 25 em 1985 estava revogada a perda de mandato por indisciplina ou infidelidade partidária prevista na anterior Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei n.º 5.682/71, e na “Constituição” de 1969.

Outrossim, se a atual Lei dos Partidos Políticos, de 1995, não consignou a hipótese de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária em seus dispositivos, insta ainda mais fundamental atentar que Lei Maior em 1988, propositalmente, não a previu (nem no seu artigo 17 que trata “Dos Partidos Políticos”, nem no artigo 55 que dispõe taxativamente sobre as hipóteses de perda de mandato dos Deputados e Senadores). Consoante revisto, o silêncio gravado na Constituição, nesse caso, é eloqüente. Partiu-se de uma escolha da Assembléia Constituinte que, então no seu escopo de reconstrução democrática à ruptura da ordem constitucional precedente, reiteradamente deliberou sobre o tema e, por fim, tratou-se a redação final da Carta excluir a hipótese de perda de mandato eletivo por descumprimento à fidelidade partidária.⁹

Esse quadro delinearía, em suma, o desenho da fidelidade partidária sob a égide da Lei Maior, em especial antes da edição da Resolução TSE n.º 22.610/2007; posto que, esta, a partir de sua expedição (e ainda retroagindo alguns meses), “alterou” o tratamento da Constituição Federal sobre o tema.

⁹ Eneida Desiree Salgado (SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p. 109-113) relata as discussões da Assembléia Nacional Constituinte 1987/1988 que culminaram na consciente exclusão dessa hipótese de perda mandato eletivo explicitamente prevista na Constituição de 1969 (parágrafo único, artigo 152, em sua redação original).

Uma série de razões políticas, subtraindo uma suposta vontade do eleitor, tem sido aduzida em defesa da previsão da perda de mandato eletivo por desfiliação partidária, como instrumento moralizador da política brasileira. A título ilustrativo, apenas, comporta trazer o estudo de ELIANE CRUXÊN BARROS DE ALMEIDA MACIEL (2004, p.75) que elenca alguns dados estatísticos acerca da opinião pública sobre fidelidade partidária:

Pesquisa feita na cidade do Rio de Janeiro pelo IUPERJ, em 1994, mostrou que 74% dos eleitores escolhem seus Deputados Federais independentemente do partido. Pesquisados pelo IBGE em 1996, 68% dos entrevistados consideram o candidato mais importante que o partido, na hora de votar. Outra pesquisa, realizada em janeiro de 2003 nas principais capitais do País pelo Instituto Brasmarket – Análise e Investigação de Mercado, demonstrou que o eleitor brasileiro não concorda com o instituto da fidelidade partidária. Dos 2.637 eleitores consultados, 49,5% se manifestaram contra o conceito básico da fidelidade partidária. Para eles, o mandato é dos eleitores e dos eleitos e por isso os políticos com mandato só devem acatar as orientações partidárias se concordarem com elas, o que lhes dá o direito de mudarem de partido sem a perda dos cargos eletivos. Um número expressivo de eleitores (36,9%) se manifestou favorável às regras atuais de fidelidade partidária, inclusive quanto à expulsão do partido e quanto à mudança nas regras atuais, para cassação do mandato, hoje vedada pela Constituição. O diretor do instituto, Ronald Kunz, relata que pesquisa sobre o tema, realizada entre 2001 e 2002, revelou que 65,7% dos entrevistados apoiavam mudanças nas regras, com a cassação dos mandatos dos políticos que não seguissem a orientação de seu partido nas votações ou que mudassem de legenda após eleitos.

Revela-se dos dados em cotejo que o eleitorado brasileiro, ao menos em linhas estatísticas, está ainda distante de confluir qualquer **consenso** sobre desejadas regras de fidelidade partidária; Aliás, frisa-se que na década passada grande parcela do eleitorado sequer era crédulo na sua mediata representação via agremiações partidárias. Nesse sentido, PAULO BONAVIDES (1996, p. 38), no Brasil de 1996 dispunha:

A sociedade, segundo se infere das pesquisas de opinião, parece nutrir pelos membros da classe parlamentar uma enorme e severa desconfiança, para não dizermos um surdo desprezo e um ódio latente. Disso procede em grande

parte o desinteresse do cidadão em filiar-se a um partido político; até mesmo os candidatos, os protagonistas da ação política militante, em geral buscam essa filiação unicamente por instrumento de acesso legal ao mandato e não como expressão de convicção profunda acerca de idéias, valores e princípios que se disponham a professar. A intermediação política fica assim enfraquecida, e o caráter representativo das instituições, fortemente abalado.

Conquanto sobreponham-se diuturnamente artifícios vinculados a “expectativas do eleitorado com relação à representação política popular” e outros em defesa da perda do cargo para o mandatário “infiel”, o panorama constitucional brasileiro, como se esposou, não dispõe o exercício do mandato eletivo à possibilidade de revogação pelo partido político.

Nessa linha, ENEIDA DESIREE SALGADO (2010, p. 69) preleciona sobre o princípio constitucional da liberdade para o exercício do mandato:

A Constituição assume a teoria da representação popular ou nacional, em que a relação de representação se estabelece entre toda a coletividade e o representante, e não entre os eleitores que efetivamente escolheram aquele representante e ele. O texto constitucional revela essa escolha ao estabelecer, em seu art. 45, que “Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo” e, no art. 46, que o “Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal”. Além disso, durante a Assembléia Nacional Constituinte, discute-se a respeito da compreensão da cidadania como “expressão individual da soberania do povo”, que chega a configurar um artigo do primeiro anteprojeto de Constituição apresentado por Bernardo Cabral. A ausência de previsão de revogação de mandato e a obrigatoriedade do voto refletem essa escolha.

Portanto, pode-se concluir, o sistema proporcional de eleição a cargos do Poder Legislativo *per se*, conforme previsto na Constituição, não deflue a revogação do mandato por infidelidade partidária. Quanto menos o sistema majoritário.

O sistema proporcional para JOSÉ JAIRO GOMES (2010, p. 104-105) ainda que a tradição no Brasil seja pelo voto nas personalidades valorizaria “refletir os diversos pensamentos e tendências existentes no meio social. Visa distribuir entre as múltiplas entidades políticas as vagas existentes nas Casas Legislativas, tornando equânime a disputa pelo poder e, principalmente, ensejando a representação de grupos minoritários”.

Nesse sistema, vale gizar, o candidato conquista a vaga de forma dúplice, sendo pelos votos atribuídos à pessoa e mediante os votos atribuídos à agremiação partidária, via cômputo do quociente eleitoral (artigo 106 do CE) e do quociente partidário (artigo 107 do CE), pelos quais se distribui proporcionalmente o número de cadeiras conquistadas pelo Partido e dentre elas à ordem da votação nominal recebido por cada candidato. Por essa engrenagem, cada voto atribuído ao candidato significa voto atribuído ao partido, sendo possível, inclusive a hipótese de eleição no sistema proporcional de um candidato que não recebeu nenhum voto sequer¹⁰. Consectário desse panorama que, realmente, em uma hipótese absurda como essa descrita, é razoável assentir que quem se elegeu foi o Partido e não o mandatário beneficiado¹¹. Embora essa seja a exceção.

De toda maneira, sob a insígnia, talvez distorcida, do princípio da fidelidade partidária, reconheceram o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral que no Brasil o *mandato político pertence ao partido*. Essa colmatagem do silêncio constitucional, que já era pleno de valor, ou “represtinação” da norma revogada de 1969, engendrou-se em três momentos: (1) a Consulta TSE n° 1398 em 27 de março de 2007, (2) os julgamentos no STF dos Mandados de Segurança n° 22.602, 26.603 e 26.604 de 03 e 04 de outubro de 2007, (3) a expedição da Resolução TSE n° 22.610 em 25 de outubro de 2007.

Assim, de intróito, indagou o consulente Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas, 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 eleitoral por um partido para outra legenda. A resposta à Consulta TSE n° 1398, de relatoria do Min. César Asfor Rocha, foi *afirmativa*. Eis, portanto, o germe da novel interpretação das normas sobre fidelidade partidária.

Com base no entendimento alçado, então, dessa sorte decide o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança n.° 22.602, 26.603 e 26.604, impetrados pelo Partido Popular Socialista (PPS), pelo Partido da Social Democracia (PSD) e pelo Democratas (DEM), concluindo que uma vez que *o mandato pertence ao partido*, deve o Tribunal Superior Eleitoral expedir respectiva *instrução* legiferando sobre o processo de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária (pois não há previsão na lei nem na Constituição).

¹⁰ A Resolução TSE n° 20.045/2001 chancela essa possibilidade.

¹¹ Não rarearam propostas de sistema de lista fechada em eleição proporcional, tal como o PLS n° 300, de 1999, do então, e agora novamente, Senador Roberto Requião e, o PL 2679/2003 na Câmara de Deputados.

No que tange ao Parlamento, o Senado Federal, dias antes da edição da Resolução, deu azo à Proposta de Emenda à Constituição n.º 23/07, em 17.10.2007, então aduzindo a titularidade partidária dos mandatos, para acrescentar aos artigos 17 e 55 a hipótese expressa de perda de mandato eletivo dos ocupantes, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que deixarem os partidos pelos quais se elegeram, ressalvados os casos de extinção, fusão ou incorporação; não obstante, projetos semelhantes já tramitaram nas Casas, a exemplo da PEC n.º 44/98 que daria nova redação aos artigos 17 e 55 supracitados prevendo a perda do cargo eletivo nas hipóteses de desfiliação partidária ou de grave violação da disciplina partidária.

Essa inovação constitucional que se prolatou via *consulta, mandamus e instrução*, como se viu, encontrará insurgências de escol, a aduzir, inclusive, que a Constituição veda a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, quando, no seu art.15, consigna vedada a cassação de *direitos políticos*, admitidas somente a perda e a suspensão deles nos estritos casos lá indicados (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2008, p. 407).

Veja-se que a acepção de direitos políticos, que são direitos fundamentais, engloba o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado, de sorte que, conglomeram as prerrogativas ensejadoras da participação do cidadão na formação e no comando do governo (JAIRO GOMES, 2010, p. 6-7).

Ainda atente-se que a perda dos direitos políticos acarreta a perda de mandato eletivo. Contudo, a perda do mandato *legislativo* deve ser necessariamente carregada por ato editado pela Mesa da Casa atinada, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político com representação no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa (art. 55, IV, § 3º da CF).

A questão da infidelidade partidária, porém, pode não guardar relação com perda ou suspensão de direitos políticos das hipóteses, únicas, consignadas no art. 15 da Constituição Federal. O mandatário destituído de seu cargo eletivo por infidelidade partidária remanesce com seus *direitos políticos* incólumes. Poderá exercer de forma regular todos os atos da vida civil, inclusive, sendo oportuno, os direitos fundamentais de votar (*ius singulii*) e ser votado (*ius honorum*). O exercício do cargo político é “apenas” obstado pelo descumprimento a uma resolução do TSE que dispõe sobre fidelidade partidária, que a princípio era da esfera privada de autonomia partidária na elaboração de seus estatutos (art. 17, § 1º, da CF).

Ao silêncio do Parlamento e da Constituição, ora, vige a seguinte *instrução*:

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) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

§ 3º - O mandatário que se desfilou 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 desfilou 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 empossa, 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. (Artigo com redação alterada pelo art. 1º da Resolução TSE nº 22.733, de 11/03/2008.)

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.

A resolução vergastada baseia-se na regência por normas genéricas, daquelas dispostas no artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral e do artigo 61 da Lei n. 9.096/95. Esse último designa, igualmente, que *o Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.*

Ainda assim, que suas disposições visassem “aprimorar a legislação eleitoral”, certamente, enquanto expressão de natureza regulamentar, se alternativamente assentida nos termos já discutidos, só poderiam ser expedidas instruções pelo TSE sob os limites *secundum e praeter legem*. Em estreito, via disposições do *Codex*, da “Lei das Eleições” e ainda da Lei n° 9.096/95, dispor-se-iam escopo das instruções na consecução da execução *fiel e conveniente* das normas cravadas nesses pilares, no sentido de explicitação do sentido da norma tão somente.

Senão haveria violação grave ao próprio artigo 5°, inciso II, da Constituição, que arrima o princípio da legalidade aventado. Veja-se que a resolução *sub examine* nasceu com fulcro no dispositivo do artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral que delineia competência ao Tribunal Superior Eleitoral em tomar *quaisquer outras providências* que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral. Certamente os vocábulos em ápice nunca admitiram, máxime no ordenamento constitucional hodierno, extensão ilimitada ao poder de criar normas de uma corte jurisdicional.

Tem-se em vista que às resoluções do TSE apenas cabem a interpretação e a explicitação dos dispositivos da legislação eleitoral funcionando como atos normativos secundários ou de natureza interpretativa, porém ainda mais restritas e subalternas à lei do que os decretos regulamentares, conforme se esposou. Nessa razão, pugna-se que quando a resolução se delinear como ato normativo autônomo, há confronto direto com o sistema de distribuição de competências legislativas constitucional, da separação harmônica, e ainda ao *Princípio da Anualidade*, maculando-se os dispositivos dos artigos 22, I, 48, 2° e 16, todos da Constituição.

A essa hipótese, sob essa natureza de lei inovadora, acura-se perfeitamente, como se esposou, o cabimento de controle de constitucionalidade por ação direta de inconstitucionalidade. A Resolução n° 22.610/2007, acrescida da Resolução n° 22.733/2008, trata do processo de perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa e da justificação de desfiliação partidária.

Ambas foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a primeira proposta pelo Partido Social Cristão – PSC em face da Resolução n° 22.610/2007, e a segunda também contra a Resolução n° 22.733/2008 proposta pelo Procurador-Geral da República. No

juízo de ADI nº 3.999-7-DF, as arguições foram conhecidas, por maioria de votos, no Supremo Tribunal Federal, vencido, nessa preliminar, o Ministro Marco Aurélio que entendeu não se tratarem os veículos normativos impugnados atos abstrato-autônomos do Tribunal Superior Eleitoral.

Já resta, desse ponto, pouco controversa a própria extrapolação do âmbito material reservado à expedição do instrumento *resolução*. Ora, admitida a Ação Direta de Inconstitucionalidade, houve o assentimento expresso de que o instrumento que deu azo à normatização extravagante proveu-se ato normativo de caráter abstrato e autônomo, inovador ao ordenamento jurídico, com eficácia, pois, de *lei*.

A questão material, por sua vez, como ver-se-á, atenta, multiplamente, a mandamentos constitucionais fundamentais. De antemão fica o julgado, por maioria (9 a 2), de improcedência ao pedido formulado nas ações diretas de inconstitucionalidade. A parcela da diminuta minoria, ao nosso sentir, guardou-se à forma, à técnica, e ao respeito à Constituição em sua supremacia.

A resolução em exame carrega o escopo de disciplinar o processo de perda de cargo eletivo e de justificação da desfiliação partidária. Nesse sentido dispõe sobre o meio processual apto a obter a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária *sem justa causa*. Legitima o exercício do direito de ação ao partido político interessado, ao Ministério Público e a quem tiver interesse jurídico.

Tal pretensão exercer-se-á perante a Justiça Eleitoral, no prazo decadencial de 30 dias passados da desfiliação pelo partido político, ou, sendo este omissivo, para os demais entes legitimados nos seqüentes 30 dias, sucessivos.

Nesse esteio, a *justa causa* aludida compreende as seguintes hipóteses:

- a) a incorporação ou fusão do partido;
- b) a criação de novo partido;
- c) a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- d) a grave discriminação pessoal.

Sob essas hipóteses a resolução também inova prevendo o pleito pelo detentor do cargo eletivo à Justiça Eleitoral de espécie ação declaratória cuja eficácia é assentir a existência da *justa causa* em eventual desfiliação.

A competência para o exercício dessa pretensão é também deslocado para o âmbito da Justiça Eleitoral, sendo competente o Tribunal Superior Eleitoral para os mandatos federais e os Tribunais Regionais Eleitorais para os chamados mandatos estaduais e municipais.

A referida instrução do TSE ainda dispõe amplamente sobre regras processuais, como instrução probatória (prova documental pré-constituída, número de testemunhas arroladas), prazos processuais, efeitos da revelia e possibilidade do julgamento antecipado da lide, alegações finais e recorribilidade.

Determina-se por esse diploma, por fim, que do julgamento procedente do pedido formulado no exórdio será decretada ao mandatário a *perda do cargo*, e a subsequente comunicação ao presidente do órgão legislativo competente a empossar o respectivo suplente, ou vice, em 10 dias. Deve todo o processo findar no prazo máximo de 60 dias.

Inequívoco afirmar que se trata de exercício claro da *actio* em ambiente eminentemente jurisdicional, prolatando-se uma tutela de eficácia desconstitutiva, para a perda do cargo eletivo, em face da conduta, ora, reprimida por resolução. Não só isso, mas, toda a disposição de atribuição de competências aos tribunais e a pletora normativa processual inovada no ordenamento, tudo se materializou via resolução.

JOSÉ JAIRO GOMES (2010, p. 90 - 91) reforça o caráter dessa norma condizente à exercício de ação e afirma que “... o Estado não poderia intervir *ex auctoritate propria* no patrimônio jurídico de alguém para dele sacar um bem e atribuí-lo a outrem, máxime se houver discordância do prejudicado”. Tal modalidade de restrição só poderia ocorrer sob a égide do exercício do poder jurisdicional, e ainda assim com estrita observância dos princípios fundamentais do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa*. Nessa sorte, atinge-se o âmbito da norma eminentemente processual.

A Carta, no seu artigo 22, inciso I, conquanto, atribui competência privativamente ao Congresso Nacional a legislar sobre direito processual. Certamente, pela resolução em tela, há inovação no ordenamento jurídico, e em matérias concernentes ao exercício do direito fundamental de ação. Pois, delinea-se competência para julgamento, legitimidade ativa e passiva, prazos processuais, meios de defesa, instrução probatória e ainda modalidade recursal, com forte invasão, ao fim, à matéria de competência do Poder Legislativo. Viola, diretamente, a *reserva de lei* velada pela Carta constitucional.

Agrava-se que somente à Lei Complementar, nos termos do artigo 121, *caput*, do texto constitucional, poder-se-ia delinear competência aos tribunais e demais órgãos jurisdicionais. O panorama esposado até então macula a integridade de dispositivos constitucionais pilares do próprio Estado Democrático de Direito. Tais como o artigo 22, inciso I, da competência legislativa privativa da União; o artigo 121 *caput*, da reserva de lei complementar na atribuição de competência aos tribunais; o artigo 5º, II, do fundamental princípio da legalidade; o artigo 5º, LIV, do princípio do devido processo legal, e por fim, ataca o limiar do sistema de separação harmônica dos deveres-poderes, plasmado no artigo 2º da Carta.

De maneira rápida também se varreu toda a construção do fundamento formal de poder regulamentar esposados na Constituição e na lei eleitoral e o seu desígnio em substância.

A Resolução nº 22.610/2007 extrapola todos esses limites fundamentais, inegavelmente caros à visão de Estado com fundamento de *poder* na própria Constituição. Reza ainda instar alguns vícios iminentes, como a expressa prorrogação do âmbito de competência da Justiça Eleitoral. Este é ponto fulcral, uma vez que importa matéria estranha a esse braço especializado da jurisdição.

Questões eminentemente partidárias são questões, a princípio, de Direito Constitucional/Partidário, e se reportam, salutarmente, fora do alcance jurisdicional da Justiça Eleitoral, atribuído pela Lei Complementar, o *Código Eleitoral*. Em decorrência da competência híbrida e especializada da Justiça Eleitoral, sobretudo, espraia-se sua parcela de dever-poder sobre um momento determinado, o chamado “Processo Eleitoral”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 234) define “*Processo Eleitoral*” como a pletera de atos que “postos em ação (procedimento) visam a decidir, mediante eleição, quem será eleito; visam, enfim, a selecionar e designar autoridades governamentais. Os atos desse processo são a apresentação de candidaturas, seu registro, o sistema de votos (cédulas ou urnas eletrônicas), organização das seções eleitorais, organização e realização do escrutínio e o contencioso eleitoral. Em síntese, a lei que dispuser sobre essa matéria estará alterando o processo eleitoral”.

Entende-se que a matéria de cunho fidelidade partidária, especialmente após regularmente diplomado o pleiteante ao cargo político, não é afeta à competência da Justiça Eleitoral, uma vez que se perfaz alheia, além, do “Processo Eleitoral”.

ADRIANO SOARES DA COSTA (2009, p. 101) afirma que o objeto tratado no instrumento resolutório sequer tem natureza *eleitoral*, mas partidária. E ainda leciona que o Tribunal Superior Eleitoral, com respaldo do Supremo Tribunal Federal, criou uma hipótese

de perda de mandato eletivo não prevista na Constituição Federal, decidindo sobre tema que lhe fugiria à competência.

Fundamenta JOSÉ AFONSO DA SILVA (2008, p. 407) que a *disciplina e a fidelidade partidárias*, passam a ser, pela Constituição, não uma determinante da lei, mas uma determinante estatutária, nos termos do artigo 17, parágrafo 1°. Nesse âmbito os partidos estão autorizados a prever sanções para os atos de indisciplina e infidelidade, a abranger da advertência à exclusão do partido. Sobretudo o constitucionalista afirma “a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária”.

Essa interpretação foi relativizada no julgamento dos Mandados de Segurança lançados, consonante dito; entretanto mesmo que se assentisse essa reformada interpretação da fidelidade partidária pela Corte Constitucional, remanesceria absolutamente incompetente todo o quadro Justiça Eleitoral a processar e julgar um feito dessa natureza.

A *natureza eleitoral* de competência da jurisdição eleitoral, consoante se esposou, está limitada entre o alistamento e a diplomação dos candidatos eleitos. Estender-se-ia eventualmente esse íterim, por força, somente, da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), prevista no artigo 14, parágrafo 10, da Carta, de natureza constitucional, pois, para decidirem-se as ações intentadas ao prazo decadencial de 15 dias contados da diplomação. Arrima-se, por fim, corolário que além desse prazo legal não há mais competência da Justiça Eleitoral, sendo as questões ora atinentes dirimidas pela Justiça Comum.

Em consectário à visão de ADRIANO SOARES DA COSTA (2009, p. 100), que erige via resolução em tela, “o TSE passou a ingressar em matéria afeta aos partidos políticos, sem conteúdo eleitoral, cuja competência sempre fora afeta à Justiça Comum”. Arremata que o tema “fidelidade partidária tem absolutamente nenhuma relação processo eleitoral, sendo tema de sabor eminentemente partidário, a revelar o interesse das pessoas jurídicas de direito privado”.

De outro lado, conquanto, JOEL J. CÂNDIDO (2010, p. 698) erige que se trata de uma resolução cujo conteúdo seria matéria processual eleitoral típica, uma vez que o direito material que proveria ensejo às ações fora declarado em resoluções e decisões precedentes, sejam elas, máxime, a Resolução do TSE n. 22.526 de 27/03/2007 e as decisões do STF proferidas no Mandado de Segurança n. 26.602 (Relator Ministro Eros Grau); n. 26.603 (Relator Ministro Celso de Mello) e n. 26.604 (Relatora Ministra Carmen Lucia), publicadas nos DJ de 16 e 19 de outubro de 2007.

Os mandados de segurança, conforme se viu, foram capitaneados por um entendimento taxado em *consulta* (1.398/DF) do TSE, em cuja resposta fixou-se a

interpretação, do texto constitucional, de que gozam os partidos políticos, e as coligações, do direito de preservar a vaga obtida no sistema eleitoral proporcional nos casos de pedido de cancelamento da filiação partidária e transferência do candidato eleito para outra legenda. Nas decisões mandamentais, das sessões de 03 e 04.10 de 2007 supra referidas, então, deu-se azo à hipótese da perda de mandato eletivo vedada pela Constituição. Valeu-se o TSE da Resolução n° 22.610, por fim, a dispor sobre todo regramento processual ao intento.

JOEL J. CÂNDIDO (2010, p. 698) mesmo afirma, seqüente, que o instituto da fidelidade partidária, e o processo que dispõe sobre a perda do cargo eletivo com fulcro nessa matéria, acresceram ao Direito Eleitoral brasileiro sem a edição de qualquer lei, sendo esposados tão somente nas referidas manifestações do TSE e STF.

Aventa-se temerária a amplitude da inovação normativa e o âmbito material que se destinou regular pela via da resolução, pois tal alcance não encontra respaldo na legislação eleitoral de regência e menos ainda parece se conformar com a Constituição que vige.

O eminente Ministro EROS GRAU no ponto “7” de seu voto na ADIN 3.999-7 lanceia diretamente a questão; e pugna essa resolução ser multiplamente inconstitucional:

No seu todo, porque não incumbe ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que nada dispuseram no que tange a perda de cargo eletivo em razão da infidelidade partidária. A inconstitucionalidade da Resolução n. 22.610/07 é, neste ponto, retumbante. Mas não é só, visto que ela avança sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei. Áreas da chamada *reserva de lei*.

A resolução vergastada ainda apresenta deveras pontos controversos intrínsecos, como o dispositivo do seu artigo 2° que suprimiu a instância originária do Juiz Eleitoral e deslocou-a ao Tribunal Regional Eleitoral.

Incongruências atinentes ao exercício processual também são ao largo apontadas, como a extensão da legitimidade ativa (especialmente aos terceiros interessados), os efeitos da revelia, e a presunção de veracidade, face aparente direito indisponível (ao mandato eletivo), limitação probatória (máximo de três testemunhas), efeitos da tutela jurisdicional prestada (comunicação à autoridade legislativa e prazo de 10 dias para o empossamento dos suplentes/vices), entre outras.

Fundamental ao escopo o afrontamento maior que se esposo do leque de normatização revelado, se inserto no sistema balanceado de distribuição de poderes emanados da Constituição, posto que os limites da legalidade, das reservas de competência e do próprio significado da Lei Maior, no que tange à fidelidade partidária, foram a desdúvidas explicitamente exacerbados. É assente.

Afinal, o panorama *sub examine* conduziria a um novo questionamento, de que natureza de razões políticas balizaram o nascimento e, principalmente, a manutenção de um instrumento tão inquinado de vícios. Talvez, a defesa do interesse público emanado do *povo*, ou dos *partidos*, fosse o referencial daqueles que velam o cumprimento da Constituição (art. 102, *caput*, da CF); embora, mesmo a existência de um “dever constitucional” de respeito ao princípio da fidelidade partidária não proveja suporte à manutenção legítima, perante a Constituição e a lei, de uma resolução dessa natureza.

Assim que, consecutório, consubstanciar-se-ia forçoso referendar que de uma decisão de *mandamus* criou-se uma prerrogativa de um órgão jurisdicional legislar inovando o ordenamento jurídico com direito processual e substancial, sendo que a Constituição Federal sistematicamente não lhe autoriza.

CONCLUSÃO

O âmbito de normatização das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral revela-se, idealmente, sistematicamente limitado. Posto que, o Código Eleitoral de 1965 quando dispõe sobre *instruções*, e no esteio *consultas*, o faz perante suas heterogêneas reservas funcionais à jurisdição eleitoral máxime em face da sua competência administrativa especializada. Tendo lhe sido atribuída a incumbência de organizar o “Processo Eleitoral” a lei eleitoral prevê à instituição jurisdicionalizada uma prerrogativa administrativa de instruir, mormente a seu próprio corpo administrativo, de forma minudente os aspectos da Lei que deve fielmente executar.

Nesse sentido o vocábulo *instruções* não se justifica ao acaso, pois refletiria efetivamente preceitos, lições ou esclarecimentos volvidos a finalidade determinada, que se prestam a elucidar pontos obscuros da Lei que instarem explicitação para sua devida aplicação no plano eleitoral. Impendeu-se demonstrar, nessa linha, que o poder regulamentar previsto no ordenamento constitucional brasileiro é uma prerrogativa, originariamente, específica do Chefe do Poder Executivo, não lhe emprestando a Carta Maior, em nenhum momento, às competências da Justiça Eleitoral. O autorreconhecimento do Poder Regulamentar da Justiça Eleitoral nesse sentido, consoante esposa doutrina e jurisprudência, emana das próprias normas eleitorais infraconstitucionais que, no caso brasileiro, não só regem direito eleitoral material e processual como também, sob delegação expressa na Lei Maior no seu artigo 121, ainda atribuem competências aos órgãos jurisdicionais que conformam a Justiça Eleitoral.

Evidentemente essa abertura constitucional nunca permitiu a confluência sem limites de poderes de jurisdição e legislação a um órgão da república, sendo que a sobrepujança de um poder que sozinho legisla, administra e julga a matéria eleitoral colide até mesmo com a determinação estrutural dos Poderes da República fundada na Carta Democrática; acaba por exercê-los todos em preponderância nesse momento material.

Primordialmente, esposou-se, a matéria eleitoral só pode ser legislada pelo Parlamento, sendo que a inovação primária no ordenamento jurídico por qualquer outro instrumento normativo abaixo da lei revelaria frontal violação ao princípio da legalidade específica em matéria eleitoral, ferindo o modelo de representatividade e legitimidade na deliberação de normas fundamentais para o processo democrático de eleição de mandatários populares. Analisou-se que, na práxis, entretanto, pela via oblíqua da resolução não só tem se

extravasado o conteúdo da lei eleitoral ou autonomamente se legiferado, mas, para o caso da Resolução n° 22.610/2007 ainda se prestou essa “instrução com força de lei” positivar, à míngua da lei e da Constituição, uma reformada interpretação constitucional, alçada em resposta a *consulta*, dispondo sobre nova, ou antiga (1969) em verdade, extensão ao conceito do princípio da fidelidade partidária e a via processual apta a decretar perda de mandato eletivo por desfiliação partidária, hipótese até então compreendida vedada pela Lei Maior de 1988.

O Tribunal Superior Eleitoral, *in casu*, acaba por agir alheio a seu âmbito de competências reconhecidas na lei eleitoral e na Constituição da República, posto que, ladeia o Supremo Tribunal Federal na redação da “última palavra” em Constituição, que era nesse caso de silente eloquência, legifera autonomamente em matérias reservadas ao Congresso Nacional e ainda acresce sua competência jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Representatividade e democracia. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A decadência dos partidos políticos e o caminho para a democracia direta. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 31-40.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.626-7-DF. Relator: ministro Sidney Sanches. Voto do ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27.jul.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.345-0-DF.. Relator: ministro Celso de Mello. Voto do ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 13.fev.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.999-7-DF. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Voto do ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 17.jan.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 26.602-DF. Relator: ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07.ago.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 26.603-DF. Relator: ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 23.fev.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n° 26.604-DF. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 26.set.2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta**. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. Relator: ministro César Asfor Rocha. Consulta 1.398/DF. Resolução n° 22.526, de 27 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 10.jan.2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n° 22.610, de 25 de outubro de 2007. Relator: ministro César Peluso. Disponível em <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 17.fev.2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n° 22.733, de 11 de março de 2008. Relator: ministro César Peluso. Disponível em <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 22.fev.2010.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso especial**. Eleições 2004. Agravo Regimental. Registro. Indeferimento. Terceiro mandato. Impossibilidade. Nega-se provimento a Agravo Regimental que deixa de infirmar os fundamentos da decisão impugnada. Acórdão TSE n° 23.404/2004. Relator: ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em 12.jun.2010.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Edipro, 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de pádua. **Preleções de direito eleitoral: direito material, tomo I**: "a polêmica em torno da verticalização das coligações nas eleições de 2006 - STF - AD's 3.685/06(OAB) e 3.686/06(CONAMP) e TSE Consultas 766/02, 1.185/05 e 1.225/06". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Fidelidade partidária**: estudo de caso. 1.ed. 8.tir. Curitiba: Juruá, 2008.

COSTA, Adriano Soares. **Instituições de direito eleitoral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A lei dos partidos políticos (lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 139-155.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A regulação como expressão do poder normativo governamental. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (organizadores). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. 352-370.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

LEÃO, Anis José. Virtudes e defeitos das novas leis eleitorais. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 201-217.

MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. Fidelidade partidária: um panorama institucional. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 41, n. 161, jan/mar. 2004.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PONTES FILHO, Valmir. Constituição e legislação eleitoral: necessidade de sua permanência. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 195-199.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2009.

REIS, Palhares Moreira. O partido político e a lei de 1995. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 157-194.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça eleitoral e representação democrática. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 377-392.

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

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008b.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord). **Direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 11-30.