

LUIZ EDUARDO PECCININ

**A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL E A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA
RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007**

**CURITIBA
2010**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL E A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA
RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007**

Monografia apresentada pelo acadêmico Luiz Eduardo Peccinin ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da 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**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ EDUARDO PECCININ

**A Competência Normativa do Tribunal Superior Eleitoral e a
Inconstitucionalidade Formal da Resolução n.º 22.610/2007**

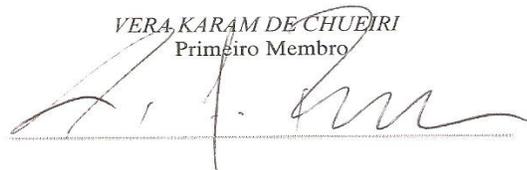
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:



ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientador



VERA KARAM DE CHUEIRI
Primeiro Membro



LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, especialmente à minha mãe, "Dona Jane", pela insistência e cobrança constante nos estudos ao longo de toda minha vida acadêmica. Sem sua dedicação, certo que não teria chegado até aqui.

Agradeço a meus queridos amigos, especialmente a toda a "Tigrada" (Chules, Dioleno, Fabricio, Fernando, "Goiano", Henrique e Iggor) e a Gabriel Merheb Petrus, Isabela Pesce Storolli Rissio, Marcelo Augusto Biehl Ortolan, Thayse Fedalto e Vinicius Medeiros Bittencourt por tornarem esta jornada tão mais fácil do que ela realmente foi.

Agradeço à minha orientadora, Eneida Desiree Salgado, pela dedicação e, acima de tudo, paciência na elaboração do presente trabalho, bem como a todos os professores que também aprendi a admirar e respeitar nestes cinco anos de faculdade.

Por fim, agradeço a todos os meus companheiros do Partido Acadêmico Renovador por me mostrarem que o Movimento Estudantil está longe de morrer e que a esquerda, muito além do palanque e do Parlamento, está viva em cada pequeno ato cotidiano que dedicamos à justiça social e à defesa dos mais necessitados.

*Come senators, congressmen
Please heed the call
Don't stand in the doorway
Don't block up the hall
For he that gets hurt
Will be he who has stalled
There's a battle outside
And it is ragin'.
It'll soon shake your windows
And rattle your walls
For the times they are a-changin'.*

(...)

*The line it is drawn
The curse it is cast
The slow one now
Will later be fast
As the present now
Will later be past
The order is
Rapidly fadin'.
And the first one now
Will later be last
For the times they are a-changin'.*

Bob Dylan – The Times They Are A-Changin'

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar, sob o seu aspecto formal, a flagrante inconstitucionalidade na edição da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral. Para tanto, apresenta o conceito e os limites da Competência Regulamentar atribuída ao Chefe do Poder Executivo e como esta se manifesta no Poder Judiciário e, especificamente, na Justiça Eleitoral. Finalizando, esta monografia apresenta, por meio da análise detalhada de vários de seus dispositivos, o elenco de inconstitucionalidades extraídas da Resolução TSE n.º 22.610, em seu aspecto formal.

Palavras-Chave: Direito Eleitoral, Poder Regulamentar, Competência Normativa, Justiça Eleitoral, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução, Fidelidade Partidária.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
Capítulo 1 – A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	4
1.1. <i>A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E SUA RELATIVIZAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO</i>	4
1.2. <i>A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO</i>	7
1.2.1. <i>O Regulamento de Execução</i>	12
1.2.2. <i>O Regulamento do art. 84, VI, da Constituição Federal</i>	14
1.3. <i>A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO</i>	16
Capítulo 2 – O PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL ...	21
2.1. <i>A JUSTIÇA ELEITORAL E OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO ELEITORAL</i>	21
2.1.1. <i>O Princípio da Legalidade Específica do Direito Eleitoral</i>	25
2.1.2. <i>O Princípio da Anterioridade da Lei Eleitoral</i>	28
2.2. <i>CONSULTAS ELEITORAIS</i>	33
2.3. <i>RESOLUÇÕES ELEITORAIS</i>	37
Capítulo 3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA RESOLUÇÃO 22.610/2007	44
1.1. <i>BREVE HISTÓRICO</i>	44
1.2. <i>OS VÁRIOS ASPECTOS DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL</i>	49
1.2.1. <i>A inovação ao texto constitucional</i>	49
1.2.2. <i>A criação de novos procedimentos</i>	58
1.2.3. <i>Uma nova competência à Justiça Eleitoral ao arripio do artigo 121 da Constituição da República</i>	69
CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

O interesse na pesquisa e elaboração deste trabalho venha, talvez, da necessidade de se demonstrar que é justamente em uma época de demanda constante por "moralidade", "ética" e "Fichas Limpa" na política e no processo eleitoral que mais facilmente podem ser encontradas as chamadas "aberrações jurídicas". Como por consequência de pressões midiáticas e de "setores da sociedade organizada" (talvez a misteriosa "opinião pública", que tantos clamam), o Direito acaba encontrando-se face a constantes afrontas do mais legítimo e, pelo visto, esquecido fruto da vontade popular, a Constituição da República.

Nos últimos anos, uma destas maiores aberrações foi a Resolução n.º 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral.

Na data de 29 de março de 2007, em resposta à Consulta Eleitoral n.º 1398, ajuizada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, a partir de princípios que estariam implícitos no texto constitucional, se posicionaram no sentido de que os mandatos obtidos nas eleições proporcionais (posteriormente também aos majoritários) pertenciam aos respectivos partidos políticos ou às coligações e não aos candidatos eleitos.

Assim, surgida a partir desta e das decisões do Supremo Tribunal Federal que se seguiram nos Mandado de Segurança n.º 26.602, n.º 26.603 e n.º 26.604, a Resolução n.º 22.610/2007 veio para dar aplicabilidade ao mais novo entendimento do Tribunal Superior Eleitoral sobre um já conhecido instituto de Direito Eleitoral, mas agora com novos e gravíssimos efeitos, a "Fidelidade Partidária". Por meio do referido diploma, ao arrepio do artigo 55 da Constituição de 1988, o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal criaram o direito (e os procedimentos voltados à sua satisfação) aos partidos políticos e interessados requererem a perda do mandato parlamentar em razão da desfiliação partidária sem justa causa.

Nas decisões acima mencionadas, os Ministros do Supremo afirmam que o instituto da *Fidelidade Partidária* deve "fazer frente à crise de representatividade" e "faz respeitar a vontade soberana do cidadão" (Ministro Cezar Peluso), "valoriza e fortalece as organizações partidárias" (Ministro Celso de Mello), colocam a

desfiliação sem justa causa como uma “renúncia tácita” ao cargo (Ministro Carlos Ayres Britto) e, em defesa de tal instituto e na tentativa argumentativa de superar a imprevisão constitucional desta hipótese de perda do mandato, chegam ao absurdo de afirmar que podemos chegar a ter uma “democracia na letra” e uma Constituição puramente formal (Ministra Carmem Lúcia).

Preliminarmente, entretanto, importante dizer que é somente no aspecto formal de sua inconstitucionalidade que o presente trabalho pretende focar. A partir da análise do texto constitucional, esta monografia demonstrará, principalmente, como o Tribunal Superior Eleitoral, por meio de uma competência normativa sequer reconhecida constitucionalmente, criou uma hipótese de perda do mandato parlamentar sem qualquer respaldo constitucional, ou seja, como uma construção interpretativa dos julgadores daquela Corte Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal acabou por subjugar o texto expresso da Constituição de diversas maneiras.

Para tanto, a primeira parte do presente trabalho tratará brevemente do princípio da tripartição dos poderes, primado estruturante do Estado brasileiro, especialmente quanto à relativização da concepção liberal inicialmente estabelecida por Montesquieu com o advento do Estado Social. Após, definirá o conceito de Poder Regulamentar e suas limitações a partir da leitura constitucional de 1988, analisando como, a partir da função administrativa do Chefe do Poder Executivo, a atribuição de expedir regulamentos deixa de ser uma mera faculdade (ou poder) para se tornar um dever de regular para a *fidel execução da lei*. Em seguida, agora a partir de uma função administrativa atípica atribuída pela Constituição, será apresentado de que modo esta "competência regulamentar" se manifesta no Poder Judiciário.

Apresentadas estas idéias iniciais, a segunda parte agora começará com uma breve introdução conceitual e histórica da Justiça Eleitoral com a evolução da legislação eleitoral. A seguir, serão abordados os princípios da *legalidade específica* e da *anterioridade da lei eleitoral*, reinantes no ramo do Direito Eleitoral brasileiro e essenciais para a posterior análise da inconstitucionalidade formal da Resolução n.º 22.610/2007. Encerrando este capítulo, esta monografia abordará detalhadamente os atos por meio dos quais a Justiça Eleitoral manifesta sua “competência normativa” (a partir de previsão do Código Eleitoral): as *consultas* e as *resoluções eleitorais*.

Por fim, o terceiro capítulo, cerne do presente trabalho, analisará detalhadamente a Resolução Eleitoral n.º 22.610/2007 e os variados aspectos de sua inconstitucionalidade formal. Primeiramente, realizando uma análise histórica dos fatos e das ações propostas que levaram o Tribunal Superior Eleitoral à elaboração daquele diploma. Posteriormente, por meio do estudo detalhado de seus dispositivos, demonstrando como a Resolução n.º 22.610/2007, inconstitucionalmente, inventa uma nova hipótese de perda do mandato eletivo pela desfiliação partidária sem justa causa, dois novos procedimentos eleitorais (que afrontam a ampla defesa e invertem o ônus da prova sem qualquer respaldo legal ou constitucional) e uma nova competência à Justiça Eleitoral, ignorando o disposto no artigo 121, da Constituição da República.

Capítulo 1 – A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

1.1. A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E SUA RELATIVIZAÇÃO NO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma vez que o presente trabalho tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade formal de um ato normativo expedido pelo Poder Judiciário – a Resolução Eleitoral n.º 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, importante é uma breve introdução ao princípio da tripartição dos poderes e sua relativização no Estado Social contemporâneo por meio da atribuição constitucional de funções típicas e atípicas a cada um dos Poderes da República.

A Constituição de 1988, ao definir em seu artigo 2º que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" estabeleceu como primado do novo Estado Democrático de Direito o princípio da tripartição de poderes. Surgido no Estado Liberal, principalmente a partir da doutrina de Montesquieu e seu *Espírito das Leis*, este princípio se consolidou como um fundamental mecanismo de garantia das liberdades individuais e direitos políticos recém conquistados pela burguesia frente ao antigo poder real¹.

José Afonso da Silva ensina que separar os poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, fundamentando-se, assim, em dois elementos:

(a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso nacional, Câmaras, Parlamento) se atribui a função legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.²

¹ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 34.

² José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 109.

De outra sorte, deve-se reconhecer a *harmonia* na separação desses poderes. Esta harmonia manifesta-se, primeiramente, "pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito" e, em segundo lugar, no reconhecimento que essa separação não é absoluta, sendo devidas e necessárias interferências recíprocas, "que visam ao estabelecimento de um sistema de *freios e contrapesos*, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados"³.

J. J. Gomes Canotilho faz uma separação entre dimensões do princípio da tripartição dos poderes. Como princípio da *divisão dos poderes* (dimensão negativa) funciona como uma limitação do poder e assegura uma "*medida jurídica*" ao poder do Estado, assegurando e protegendo a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitando a concentração de poder. Já como princípio da *separação dos poderes* (dimensão positiva), garante "uma justa e adequada ordenação das funções do Estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania"⁴.

Com base na doutrina do liberalismo e na formulação inicial de Montesquieu, o princípio da separação dos poderes era fundamental para a construção do Estado de Direito e do Estado Mínimo, ou seja, controlado e limitado pelo Direito e voltado apenas para a manutenção da ordem pública e a condução da política externa. O Estado Liberal era, assim, em um restrito campo de atuação, tão somente o promotor da segurança necessária para que os indivíduos pudessem livremente desenvolver suas potencialidades, limitando-se a produzir, executar e censurar a violação da lei⁵.

³ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 110.

⁴ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 250.

⁵ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 35/36. José Afonso da Silva também acrescenta que "hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. (...), tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes". *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 110.

Sendo assim, era essencial que, naquela realidade social, o Estado estivesse limitado por uma separação rígida de funções entre os poderes, ou seja, ao executivo cabia apenas administrar, ao legislativo apenas legislar, e ao Judiciário apenas julgar. Entretanto, a evolução tanto do sistema capitalista quanto da própria sociedade tratou de colocar em xeque o pensamento liberal, cobrando novas respostas do Estado e do Direito.

Assim, de acordo com Clémerson Merlin Clève, aquele Estado Mínimo, com restritas competências, passa a assumir mais e mais funções face às novas necessidades.

O "Estado-árbitro" cede espaço para o "Estado de prestações". A própria idéia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação etc.) acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros⁶.

Com o advento deste Estado intervencionista, além da significativa mudança da postura do Estado frente ao indivíduo, percebeu-se que aquela divisão estanque de competências entre os poderes não era mais suficiente, sendo que cada órgão agora deveria exercer uma função predominante, mas não exclusiva. Essas funções seriam, assim, *típicas* ou *atípicas*. Ao lado das funções outorgadas tipicamente, cada um dos poderes, assim, exerce funções que, orgânica e originariamente pertencem a outro poder. Para Diógenes Gasparini, o exercício destas funções atípicas viabiliza a própria tripartição como pensada por

⁶ Clémerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p.36/37.

Montesquieu, "sem qualquer quebra da independência ou da harmonia que deve reinar entre os poderes"⁷.

Neste sentido, também ensina Clèmerson Merlin Clève que se, em um primeiro momento, o exercício de funções administrativas pelo Congresso e o Judiciário ou legislativas pelo Executivo

podem comprometer os arquétipos apriorísticos da ordenação funcional, não agridem a ordenação funcional do poder estatal no contexto concreto da Constituição vigente. Porém, não pode ser admitida a ruptura do sistema de ordenação funcional plasmado concreta, histórica e especificamente na Constituição. Qualquer quebra como esta desafia imediata censura pelos meios oferecidos pelo próprio direito constitucional⁸.

J.J. Gomes Canotilho ensina que somente ocorrerá ruptura ou desvio do princípio da divisão dos poderes se houver interferência no núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes. Assim, quando este *núcleo essencial* dos limites de competências for violado, conseqüentemente todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controle e sanção definido no sistema constitucional estará em risco⁹.

Feitas estas necessárias considerações introdutórias, agora cabe a este trabalho uma análise mais detalhada da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo na condução da máquina administrativa, para, posteriormente, apresentar como, da mesma forma, agora em decorrência de uma função atípica, o Poder judiciário expede atos de caráter normativo no exercício de suas atribuições administrativas.

1.2. A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

⁷ Diógenes Gasparini. *Poder regulamentar*, p. 125/126.

⁸ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 148.

⁹ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 252.

Em seu art. 5º, inciso II, a Constituição da República, ao estabelecer que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", consagra o princípio da legalidade como uma das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito instituído¹⁰ pela Assembléia Nacional constituinte de 1988. Sendo assim, em um trabalho que tenha como um de seus objetivos analisar a *atividade normativa secundária*¹¹ exercida como competência atípica do Poder Judiciário, faz-se necessária, ao menos, uma breve análise de seu conteúdo.

Como forma de real garantia dos particulares face ao Estado, José Afonso da Silva ensina que, a eles, "só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas"¹², e que, em todos os momentos, a atividade do Estado estará sujeita aos limites que a lei estabelecer, visto ser esta a expressão máxima da vontade geral, considerando que é " ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição"¹³.

Conforme atenta a literalidade do texto constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, em nenhum momento o preceito acima diz "decreto", "regulamento", "portaria" ou "resolução"¹⁴, ou seja, somente a *lei formal*, criada pelo Poder Legislativo e a partir de um procedimento previsto na Constituição, é que poderá restringir a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

¹⁰ Preâmbulo da Constituição da República de 1988: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

¹¹ Clémerson Mérlin Cléve utiliza a expressão *atividade normativa primária* para definir a competência do Poder Executivo na elaboração de medidas provisórias e leis delegadas (art. 59, da CF), enquanto que a *atividade normativa secundária* seria aquela referente à competência estabelecida pelo art. 84, IV, da Constituição de 88. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 270.

¹² José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 421.

¹³ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 420.

¹⁴ Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 338.

(...) o princípio da legalidade ali consubstanciado [art. 5º, II, CF] se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal, o que faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas instituições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar.¹⁵

Sendo assim, a competência regulamentar¹⁶ no ordenamento brasileiro é aquela atribuída constitucionalmente ao Presidente da República para "expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução" (art. 84, inciso IV) e, ainda, para dispor mediante decreto sobre: "(a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos" e "(b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos" (art. 84, inciso VI). Tais espécies de regulamentos serão detalhadas mais à frente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua o Poder Regulamentar como "uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução"¹⁷. Já Vanessa Vieira de Mello define esta atribuição ao Chefe do Executivo como uma "competência normativa secundária, haurida do texto constitucional, dirigida ao Administrador Público, determinando a expedição de regulamentos, na busca da efetivação da lei, sujeita aos controles parlamentar e jurisdicional"¹⁸.

¹⁵ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 420/421.

¹⁶ Vanessa Vieira de Mello utiliza a expressão *Competência Regulamentar*, pois entende ser esta a mais compatível com o Estado Democrático de Direito e, ainda, porque tal termo "traz a idéia de um dever, cujo descumprimento acarreta consequências" (*Regime jurídico da competência regulamentar*, p. 45/48). Já Diógenes Gasparini prefere utilizar a expressão *Atribuição Regulamentar (Poder Regulamentar*, p. 17/20).

¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, p. 109.

¹⁸ *Regime jurídico da competência regulamentar*, p. 54. A autora acrescenta que a competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo não corresponde a uma função atípica deste Poder. É típica pois não há uma delegação da função legislativa, mas sim "o exercício do poder de editar normas, fundamental para aquele que conduz a máquina administrativa" (p. 50).

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

Jurídica ou formalmente, a competência regulamentar dada ao chefe do Executivo encontra sua justificação no próprio texto da Constituição de 1988¹⁹, como dito anteriormente. Sendo assim, "se a matéria carente de regulamentação constituir parte do bloco reservado à lei e silente for o texto constitucional, não pode o Executivo, (...) arrogando-se ser portador de uma atribuição originária, baixar regulamentos sem que os preceda uma lei ou a necessária habilitação legislativa"²⁰.

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

Politicamente, a regulamentação pelo Poder Executivo cumpre o papel de definir os pormenores imprescindíveis à viabilidade da fiel execução da lei. Por ser o Poder responsável por excelência a aplicar a lei aos particulares, a complexidade ou o tecnicismo de algumas matérias disciplinadas por lei formal podem exigir um conhecimento especializado ou uma oportunidade de ação imediata da Administração, o que justifica que esta, dentro dos limites estabelecidos pela lei regulamentada, edite atos normativos secundários com vistas a uma aplicação mais isonômica e eficaz de seu texto²¹.

Uma vez que cabe ao Executivo executar as leis, somente poderia ser atribuída a ele, em um sistema de separação *harmônica* dos poderes, a competência de "regulamentá-la, estabelecendo as regras orgânicas e processuais destinadas a

¹⁹ Clémerson Mérlin Cléve. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 276.

²⁰ Gasparini, Diógenes. *Poder regulamentar*, p. 26.

²¹ Gasparini, Diógenes. *Poder regulamentar*, p. 21.

pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes em lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada"²². Quanto às razões dos chamados "regulamentos autônomos", introduzidos no ordenamento brasileiro apenas após a EC nº 32/2001, adiante serão abordadas mais detalhadamente.

Conforme reconhece o próprio texto constitucional, esta competência advém da incapacidade de o Legislador antever todas as necessidades que existirão para a execução e aplicação dos comandos expressos no texto legal.

Juridicamente, o poder regulamentar é atribuição originária, de cunho constitucional, a qual traz em seu bojo a competência discricionária da Administração Pública. (...) Assim, o ato de regulamentar uma lei constitui ato normal do Poder Executivo, que haure sua força do Texto Constitucional. É ato perene, não é precário²³.

Por fim, como atenta Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo algum esta competência regulamentar pode ser entendida como um mero poder de "escolha" pelo Chefe do Executivo. Se uma lei formal exige a regulamentação de seu texto para que se torne operável, não pode o Poder Executivo se omitir de expedir as medidas cabíveis, sob pena de inviabilizar o exercício de direitos e garantias constitucionais pelos indivíduos e ensejar, inclusive, a aplicação do art. 5º, LXXI²⁴, da Carta Magna. Por sua vez, se admitirmos que o art. 84, IV, compreende uma simples *faculdade*, estaríamos a dar respaldo para que o Poder Executivo, ao frustrar a aplicação de uma lei que demande regulamentação, se sobreponha às decisões tomadas pelo Poder Legislativo²⁵.

²² Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 354.

²³ Vanessa Vieira de Mello *Regime jurídico da competência regulamentar*, p. 53.

²⁴ "LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;"

²⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 348.

Verificados estes pontos gerais no que se refere à competência regulamentar na Constituição de 1988, cabe ao presente trabalho, agora, uma análise mais detalhada das espécies de regulamento previstas em seu art. 84.

1.2.1. O Regulamento de Execução

O art. 84, inciso IV, da Constituição da República de 1988 estabelece que compete privativamente ao Presidente da República "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". Ou seja, cabe a ele editar regulamentos de execução, que são os regulamentos propriamente ditos.

No conceito mais preciso de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regulamento de execução pode ser definido como o "ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública"²⁶. A edição de regulamentos, sob forma de *decreto*, nos termos do texto constitucional, é competência normativa secundária privativa do Chefe do Poder Executivo. Sabendo isso, resta agora analisar quais os limites desta atribuição.

O primeiro limite está na própria lei, em seu sentido mais amplo, ou seja, no próprio ordenamento jurídico. Da leitura do *princípio da legalidade*, nos termos do art. 5º, II, da Constituição de 1988, somente por meio de *lei*, em seu sentido formal e material, pode o Poder Público impor obrigações aos administrados, interferindo em sua liberdade ou propriedade. A função regulamentar no Brasil, portanto, limita-se "exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para 'fiel execução' da lei"²⁷.

Conforme ensina Pontes de Miranda,

²⁶ Para o autor, em verdade, este conceito é dado a todo regulamento, sendo que os regulamentos previstos no art. 84, VI, representam "uma *única e restritíssima hipótese* que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil". Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 336.

²⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 339.

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 lei²⁸.

No entendimento de Carlos Mário da Silva Velloso, enquanto que a lei formal não deve descer a detalhes, mas conter apenas regras gerais, os regulamentos, estes sim, cumprindo seu papel de lei apenas em sentido material e ato normativo secundário, devem ser detalhistas²⁹. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève fala da existência de uma *acessoriedade* entre a lei e o regulamento³⁰.

Concluindo, aos regulamentos somente cabe a atuação *intra legem* e *secundum legem*, nunca *contra legem* ou *extra legem*³¹. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o regulamento

Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada, e a legislação em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta.(...) Assim, não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei. Igualmente, não adia a execução da lei e, menos ainda, a suspende, salvo disposição expressa dela, ante o alcance irrecusável da lei para ele. Afinal, não pode ser emanado senão conforme a lei, em virtude da proeminência desta sobre ele³².

²⁸ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, p. 314.

²⁹ Carlos Mário da Silva Velloso. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, p. 40/41.

³⁰ Segundo o prof. Clèmerson Merlin Clève, "os regulamentos são acessórios em relação à lei. Não podem tomar o lugar delas. Não podem assumir o papel que a Constituição reservou à lei. São atos normativos sujeitos à lei e dela dependentes. (...) São ainda acessórios, porque os seus preceitos formam um direito adjetivo e um direito processual do direito substantivo instituído pela lei". *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 289.

³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello *Curso de Direito Administrativo*, p. 342.

³² Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 360.

Por outro lado, cabe ainda salientar, na esteira do já dito aqui e conforme ensina Carlos Mário da Silva Velloso, não é qualquer lei que pode autorizar a edição de decretos pelo Poder Executivo, mas somente as *leis administrativas e não auto-executáveis*.

Como *leis administrativas*, devem ser entendidas aquelas que disciplinam situações "em que cabe discricionariedade administrativa no cumprimento da lei, da qual resultariam diferentes comportamentos administrativos possíveis" em sua execução³³. Os regulamentos viriam, então, para garantir uma aplicação isonômica da lei a todos os administrados. "Sem estes padrões impostos na via administrativa, os órgãos e agentes administrativos guiar-se-iam por critérios díspares ao aplicarem a lei, do que resultariam tratamentos desuniformes aos administrados"³⁴.

Já as *leis não auto-executáveis* são aquelas que expressamente declaram que devem ser regulamentadas, aquelas que não são exeqüíveis antes da expedição do respectivo decreto regulamentar, sendo que este opera como uma condição suspensiva dos efeitos do comando legal até a sua edição, em prazo estabelecido na própria lei³⁵.

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

1.2.2. O Regulamento do art. 84, VI, da Constituição Federal

Mesmo que consistindo em uma restrita hipótese de exercício da competência regulamentar, ainda assim parece pertinente uma breve análise do regulamento previsto no art. 84, VI, da Carta Magna.

³³ Carlos Mário da Silva Velloso. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, p. 49.

³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 346.

³⁵ Carlos Mário da Silva Velloso. Do poder regulamentar. *Revista de Direito Público*, p. 49

Introduzido apenas após a emenda Constitucional nº 32/2001, o art. 84, inciso VI, da Constituição de 1988, estabelece como competência do Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre (a) "organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos" e (b) "extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos".

Muitos doutrinadores poderiam encaixar esta espécie dentro da categoria dos *regulamentos autônomos* do Direito Europeu. Entretanto, isto parece equivocado.

Nos ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os *regulamentos autônomos* "não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária, mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional"³⁶. Sob a égide da constituição de 1969, ensinava ele que, como resquício de antigos regimes monárquicos, a competência para sua edição poderia advir tanto de uma previsão expressa, quanto do costume constitucional e da construção do texto constitucional. Isto conferia ao Executivo poderes amplíssimos para legislar.

Entretanto, sob uma nova ordem constitucional, que procurou a previsão expressa de um bloco restritíssimo de matérias específicas sobre as quais pode o Executivo legislar, não se pode mais reconhecer qualquer espaço para o costume ou a construção interpretativa no que se refere à competência regulamentar.

Para Vanessa Vieira de Mello,

"O regulamento autônomo quebra o princípio democrático e gera instabilidade e insegurança jurídica, na medida em que aumenta a força do Poder Executivo, gerando desequilíbrio entre os demais órgãos estatais. (...) Em nosso pensar, o único regulamento albergado pelo Texto Constitucional de 1988 é o de execução. (...) O princípio da legalidade norteia as relações da Administração Pública, constituindo verdadeira pedra de toque do ordenamento jurídico traçado"³⁷.

³⁶ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 343.

³⁷ Vanessa Vieira de Mello. *Regime jurídico da competência regulamentar*, p. 76/77.

Como já dito acima, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma ser o regulamento do art. 84, VI, da CF uma "*única e restritíssima hipótese* que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil". Não haveria como equipará-lo aos regulamentos autônomos do Direito europeu, visto que a amplitude destes é muito maior do que aquela estabelecida por nossa Constituição³⁸.

Por meio do decreto introduzido pela Emenda Constitucional nº 32/2001, o Chefe do Poder executivo pode, primeiramente, "transpor uma unidade orgânica menor que esteja encartada em unidade orgânica maior para outra destas unidades maiores"³⁹, ou redistribuir algumas das funções preexistentes em dado órgão a outro, realizando apenas o arranjo interno da máquina administrativa.

Em segundo lugar, pode o Presidente da República extinguir cargos vagos. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, estaria o Executivo agindo agora em sentido contraposto à própria lei, vez que é por meio desta que são criados os cargos públicos⁴⁰.

Em suma, considerando que não procura dar execução ou desenvolver o conteúdo de uma lei ordinária, este tipo de decreto regulamentar deve ater-se estritamente a regular as matérias expressamente definidas pelo art. 84, VI, da Constituição Federal, cumprindo seu papel de mero instrumento de *organização e funcionamento interno* da máquina administrativa.

1.3. A COMPETÊNCIA NORMATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Como já mencionado anteriormente, pode o Poder Judiciário, no exercício de uma função administrativa atípica, elaborar determinados atos normativos dentro dos limites traçados pela própria Constituição Federal. No entanto, já vale dizer que estas espécies de atos normativos encontram-se em nível hierárquico inferior ao próprio regulamento, sendo que enquanto este é ato conferido ao Chefe do Poder

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 337.

³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 336.

⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 337/338.

Executivo, os demais dizem respeito a outras autoridades, sejam aquelas de escalão mais baixo no próprio Poder Executivo⁴¹, sejam pertencentes a outros Poderes da União.

Assim, após a Emenda Constitucional 45/2004, por meio do artigo 103-B, §4º, inciso I, esse "poder normativo" foi conferido ao Conselho Nacional de Justiça para "*expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*". Muito embora o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal seja no sentido de conferir a essas resoluções uma força de "diploma normativo primário", visto que encontram seu fundamento no próprio texto constitucional⁴², adota-se aqui posição em sentido contrário.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado a fim de se estabelecer um controle interno do Poder Judiciário, sendo composto, em sua maioria, de magistrados de carreira e submetendo suas decisões e atos ao controle direto do Supremo Tribunal Federal. Resumidamente, portanto, a EC 45/2004 concedeu ao CNJ a função de "realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes"⁴³.

Sabendo disso, o que se deve ter em mente é que os atos regulamentares expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça devem cumprir a mera função de acessoriedade no exercício de suas competências administrativas. Eles "não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange a restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas"⁴⁴. Os deveres, obrigações e as garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário já estão

⁴¹ Desta forma, complementa Celso Antônio Bandeira de Mello: "toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas. (...) se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos, 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". *Curso de Direito Administrativo*, p. 363/364.

⁴² Julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. O acórdão na íntegra pode ser lido em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>> e não merece análise mais aprofundada no presente trabalho.

⁴³ Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, p. 493/495.

⁴⁴ Lenio Luiz Streck; Ingo Wolfgang Sarlet e Clèmerson Merlin Clève. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/60379/1/noticia.htm>>.

expressas no texto constitucional e em sua lei orgânica, sendo que qualquer ato normativo que procure inovar, restringindo direitos e garantias pessoais, funcionais e institucionais, deverá ser declarado inconstitucional.

Por outro lado, o parágrafo 2º do art. 114, da Constituição Federal, estabelece que, em dissídios coletivos, após frustrada a tentativa de negociação coletiva, poderá "a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente"⁴⁵. Assim, por meio dessa disposição, a Justiça do Trabalho atua como verdadeiro juízo arbitral entre os entes sindicais⁴⁶.

Por meio dessas sentenças normativas, os tribunais laborais estabelecerão "normas gerais e abstratas de conduta, de observância obrigatória para as categorias profissionais e econômicas abrangidas pela decisão, repercutindo nas relações individuais de trabalho"⁴⁷. Conforme aponta Victor Nunes Leal, esta atividade da Justiça do Trabalho é, materialmente, o exercício de uma função legislativa, por meio da qual são preenchidas as lacunas que a legislação trabalhista deixa para serem disciplinadas em acordos entre os particulares⁴⁸.

Portanto, permite-se concluir que esta atividade está limitada, formalmente, ao comum acordo entre as partes para o ajuizamento dos dissídios coletivos perante os tribunais e, materialmente, ao já acordado nas convenções e acordos coletivos de trabalho celebrados entre os particulares, bem como às próprias disposições legais mínimas de proteção ao trabalhador⁴⁹.

Apesar de receberem a nomenclatura de "sentenças normativas" e que sejam substancialmente regulamentares, conforme ensina Victor Nunes Leal, tais atos são formalmente atos judiciais, devendo estar estritamente subordinados à lei.

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

⁴⁶ Para um aprofundamento acerca do assunto, consultar: FILHO, Wilson Ramos. *O fim do poder normativo e a arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999.

⁴⁷ Renato Saraiva. *Processo do Trabalho*, p. 466.

⁴⁸ Victor Nunes Leal. Lei e regulamento. *Problemas de Direito Público*, p. 202.

⁴⁹ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 87.

É preciso, pois, ter em vista esta advertência, para não se imaginar que os tribunais trabalhistas, no julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica, possam agir como legisladores em relação ao próprio legislado. Sua ação materialmente legislativa só tem lugar nas lacunas da legislação, isto é, para preencher os claros deixados, intencionalmente ou não, pelo legislador⁵⁰.

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

Os regimentos internos são indubitavelmente atos normativos, que visam não somente à organização dos serviços administrativos dos tribunais, como também complementar a legislação processual em vários momentos⁵¹. Victor Nunes Leal acrescenta, ainda, que são eles documentos materialmente legislativos, porque contêm normas de aplicação abstrata, mas não a mesma eficácia das leis. Sua maior importância, por conseguinte, é suprir as omissões das leis processuais e de organização judiciária, no que se refere à previsão ou aos procedimentos de certos recursos, bem como interpretar o texto legal, caso comporte mais de um entendimento⁵².

O que podemos concluir com Eneida Desiree Salgado, é que, se houve a estrita previsão do texto constitucional da competência regulamentar ao Conselho Nacional de Justiça e normativa à Justiça do Trabalho – além da elaboração, pelos tribunais, de seus regimentos internos – adota a Constituição o *princípio da estrita legalidade*, ou seja, que "sem previsão expressa na Constituição e em face de uma

⁵⁰ Victor Nunes Leal. Lei e regulamento. *Problemas de Direito Público*, p. 205.

⁵¹ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 85.

⁵² "É claro que o Supremo Tribunal Federal poderá sempre negar aplicação a disposições regimentais dos outros tribunais, que tenham procurado suprir lacunas ou fixar o significado da legislação federal, quando entender que tais disposições sejam contrárias à letra de tratado ou lei federal, desde que a questão esteja enquadrada no âmbito de um processo e haja provocação do interessado". *Problemas de Direito Público*, p. 182/184.

função atípica, não se pode considerar a possibilidade de elaboração de normas, ainda que secundárias, pelo Poder Judiciário"⁵³.

Assim, o presente trabalho tratará adiante da competência normativa exercida especificamente pela Justiça Eleitoral, ou melhor, de sua **incompetência** no tratamento da matéria eleitoral, seja disciplinando-a originariamente, seja interpretando-a de modo míope, por meio de atos carentes de qualquer respaldo constitucional.

⁵³ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 301.

Capítulo 2 – O PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

2.1. A JUSTIÇA ELEITORAL E OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO DIREITO ELEITORAL

A outorga da Constituição Imperial de 1824 foi o marco inicial para a legislação eleitoral no Estado Brasileiro. Em seu art. 21, disciplinava as eleições de deputados, senadores e dos membros dos Conselhos-Gerais das Províncias (Assembléias a partir de 1824). Em cada uma das freguesias imperiais seria estabelecida a assembléia eleitoral, presidida por um juiz de fora ou ordinário da cidade ou vila a que pertencesse, com a assistência do pároco. Na igreja matriz de cada local é que seriam realizados o escrutínio, a contagem dos votos e a proclamação dos eleitos em voz alta. A eleição dos deputados, por outro lado, seria realizada pela Câmara da Capital.⁵⁴

A legislação eleitoral, entretanto, somente se consolidou após o Decreto n.º 21.076, de 1932 – o Código Eleitoral, que instituiu uma Justiça Eleitoral especializada, independente, ao contrário do que perdurava até então, em que o processo eleitoral era dirigido pela Justiça Comum. Ou seja, antes mesmo de uma previsão constitucional, ocorrida somente em 1934, foi o Código Eleitoral que criou o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e os juízes eleitorais.

Sua criação [da Justiça Eleitoral] visou a substituir o então *sistema político* de aferição de poderes (feita pelos órgãos legislativos), pelo *sistema jurisdicional*, em que se incluíam todas as atribuições referentes ao direito político-eleitoral. É o *contencioso jurisdicional eleitoral*, peculiaridade constitucional brasileira, que tem revelado excelentes resultados, já existente em outros países⁵⁵.

O Código Eleitoral de 1950, por sua vez, foi aprovado pela Lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950. Segundo o parecer do deputado Gustavo Capanema,

⁵⁴ Roberto Rosas. *Direito Processual Constitucional*, p. 12/13.

⁵⁵ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 581.

surgido para ser uma consolidação dos textos em vigor, o projeto para o Código Eleitoral de 1950 acabou sendo uma verdadeira reforma da legislação, tendo em vista as várias modificações propostas. Uma dessas inovações foi a inclusão de um título especial para a regulação (restrita, no entanto) da constituição e da atividade dos partidos políticos.

Para Capanema, era mais acertado que todo o assunto estivesse apenas em uma lei, sendo que "a justiça eleitoral, toda ela disciplinada no projeto de lei eleitoral é, nos termos da Constituição, o aparelho regulador, ordenador, orientador, tanto do processo eleitoral como da organização dos partidos". Seu entendimento, no entanto, não prosperou, sendo que em 1971 foi aprovada a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n.º 5.682, de 21 de julho de 1971)⁵⁶, voltada à disciplina específica das agremiações.

O Código Eleitoral de 1965 (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965), fruto de um anteprojeto formulado pelo Tribunal Superior Eleitoral, após a incumbência da tarefa pelo presidente Castelo Branco, tinha o propósito de fortalecer a Justiça Eleitoral, mas, curiosamente, evitar a consagração de um caráter normativo para suas decisões. Nas palavras do então Ministro da Justiça Milton Campos, "é certo que essas decisões, pela sua reiteração em jurisprudência, acabam geralmente seguidas, por força de seu prestígio", mas "a normatividade das decisões judiciais não se concilia com o princípio casuístico que lhes é inerente"⁵⁷.

Apesar da reserva feita pelo art. 121, da Carta Magna, o Código Eleitoral de 1965, mesmo quando incompatível às disposições constitucionais de 1988, lamentavelmente acaba sendo considerado lei complementar em alguns aspectos, como será visto adiante. Sendo assim, os dispositivos da Lei Ordinária n.º 4.737/65 que dizem respeito às competências da Justiça Eleitoral ainda estão em plena aplicação pela jurisprudência, enquanto não editada a lei complementar correspondente.

O *Tribunal Superior Eleitoral* é o órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, cabendo a ele examinar as questões de ordem eleitoral em última instância, nos

⁵⁶ Trecho do parecer retirado de: PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*, p. 109/110.

⁵⁷ Walter Costa Porto. *Dicionário do voto*, p. 111.

recursos das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais (artigo 121,§ 4º, da Constituição Federal⁵⁸), bem como em instância originária, nos termos do artigo 22, I, do Código Eleitoral. É composto de três juízes entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo presidido por um deles; dois juízes entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça; dois juízes entre advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral.

O Código Eleitoral de 1965, considerando a vigência dos dispositivos correspondentes, amplia e especifica as competências do TSE, dentre as quais pode-se destacar, especialmente, a competência para interpretar as normas eleitorais, editando, para isso, **as instruções necessárias** à interpretação da legislação eleitoral⁵⁹ (*competência normativa*), bem como responder às **consultas eleitorais** que lhe forem trazidas por outras autoridades ou partidos políticos⁶⁰, (*competência consultiva*⁶¹).

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

⁵⁸ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. (...) § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

⁵⁹ "A norma, na sua letra, limita as 'instruções' à execução deste 'Código', mas na verdade elas são usadas em relação a toda a legislação eleitoral. A aparência restritiva resultou, sem dúvida, da esperança de que o Código reunisse toda a regulação legislativa da matéria eleitoral". Nelson de Sousa Sampaio. *Revista brasileira de estudos políticos*, p. 150.

⁶⁰ Assim estabelece o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65): "Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado. Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução. (...) Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;(...)XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;"

⁶¹ José Jairo Gomes. *Direito Eleitoral*, p. 54/55.

no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal do respectivo Tribunal Regional Federal. Ainda, mediante nomeação pelo Presidente da República, de dois juízes entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Já os *juízes eleitorais* são os próprios juízes de direito das zonas eleitorais, exercendo a jurisdição eleitoral de modo cumulativo com a jurisdição comum. A zona eleitoral é a divisão de primeiro grau da Justiça Eleitoral, cabendo aos juízes que as titularizam a apreciação e julgamento de todas as questões de ordem eleitoral da zona respectiva⁶².

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

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

A atuação *jurisdicional* da Justiça Eleitoral encontra-se na resolução dos litígios sobre tudo aquilo que for pertinente ao *processo eleitoral*. Aquilo que ocorrer fora deste limite será de competência da Justiça Comum. Como se verá adiante, este processo eleitoral deve compreender toda a matéria eleitoral, referente às eleições como um todo, e não somente ao ato de votar, ou seja, "antes e depois desse ato, desde as convenções partidárias, o registro de candidaturas, a eleição, a apuração, a proclamação dos eleitos e a diplomação"⁶³.

⁶² Joel José Cândido. *Direito Eleitoral Brasileiro*, p. 50.

⁶³ Roberto Rosas. *Direito Processual Constitucional*, p. 165.

Por outro lado, apesar de encerrado o processo eleitoral com a diplomação dos eleitos⁶⁴, a Justiça Eleitoral possui um vasto rol de atribuições *administrativas*, não resumindo esta atuação somente à organização interna de seus Tribunais e Secretarias, mas sim também ao próprio controle de todo o "corpo eleitoral chamado a votar nas eleições"⁶⁵, bem como dos partidos políticos que participam do pleito eleitoral.

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

Já as competências *consultiva* e *normativa* da Justiça Eleitoral manifestam-se por meio das consultas (artigo 23, XII, e artigo 30, VII, do Código Eleitoral) e das resoluções eleitorais (artigo 23, IX, do Código Eleitoral), respectivamente, que serão examinadas com maior aprofundamento adiante no presente trabalho. Antes disso, no entanto, é necessária uma breve análise acerca de dois princípios norteadores do Direito Eleitoral, o *princípio da legalidade específica* e o *princípio da anterioridade da norma eleitoral*, cruciais ao posterior estudo da inconstitucionalidade formal da Resolução n.º 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral⁶⁶.

2.1.1. O Princípio da Legalidade Específica do Direito Eleitoral

⁶⁴ "Então, é bom ser dito que o processo eleitoral (processo de escolha) encerra-se com a diplomação, tanto que da diplomação cabem o recurso e a ação de impugnação de mandato eletivo, porém não cessa a jurisdição eleitoral". Roberto Rosas. *Direito Processual Constitucional*, p. 166.

⁶⁵ Suzana de Camargo Gomes. *A Justiça Eleitoral e sua competência*, p. 80

⁶⁶ Para um aprofundamento acerca de outros princípios de Direito Eleitoral, recomenda-se a leitura de: SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Assim como em outros ramos do Direito, como o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral é regido sob a égide do princípio da legalidade específica. Uma vez que relacionado ao "núcleo essencial de direitos fundamentais", a Constituição de 1988 reserva somente à lei *formal* votada pelo Congresso a regulação da matéria eleitoral, seja garantindo direitos, seja impondo deveres e sanções aos seus destinatários

O desenvolvimento deste princípio se relaciona diretamente com a competência da Justiça Eleitoral e com sua função de 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 sociais⁶⁷.

As regras eleitorais, portanto, só podem ser definidas por meio de lei, entendida esta em seu sentido mais estrito, ou seja, aquelas "derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade"⁶⁸. Sendo assim, a matéria eleitoral não pode ser disciplinada por qualquer tipo de ato proveniente do Poder Executivo (regulamentos, medidas provisórias, leis delegadas, etc.) ou do Poder Judiciário, especificamente, da Justiça Eleitoral e seus órgãos.

A Constituição de 1988 expressamente restringe à lei complementar o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade infraconstitucionais (artigo 14, § 9º⁶⁹) e para a organização e competência da Justiça Eleitoral (artigo 121⁷⁰), bem

⁶⁷ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 285.

⁶⁸ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 297.

⁶⁹ "§ 9º **Lei complementar** estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

⁷⁰ "Art. 121. **Lei complementar** disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais."

como reserva à lei a regulação do processo eleitoral, ao estabelecer o princípio da anterioridade da norma eleitoral (artigo 16⁷¹), que será visto adiante.

A *reserva de lei* trata-se de uma escolha constitucional de um "bloco de matérias"⁷² que só podem ser disciplinadas por meio da lei advinda do Congresso Nacional. A própria Constituição, portanto, seleciona assuntos sobre os quais deve haver o "amplo controle de seus fundamentos, garantido pela publicidade das discussões e pela possibilidade de participação no debate de todos os partidos com representação"⁷³. Dentre tais assuntos, encontra-se o Direito Eleitoral.

A reserva de lei do Parlamento é basilar na disciplina de certas matérias constitucionais, principalmente naquilo que toca o exercício dos direitos políticos. Como ensina Clèmerson Merlin Clève, "o debate parlamentar contamina-se pela diferença ideológica, em que distintas concepções a respeito do papel do direito e do Estado haverão de confrontar-se"⁷⁴. Além disso,

Na democracia pluralista, a lei formal configura espécie de condensação de relação de forças de sujeitos coletivos distintos, mediatizados pela figura do mandatário eleito. Pode ser traduzida como síntese do debate parlamentar, produto da interação comunicativa processualizada e pública. No direito brasileiro, adotado o regime presidencialista de governo, a lei formal carrega, ainda, a noção de somatório de vontades manifestadas por dois poderes, o Legislativo e o Executivo. Trata-se, portanto, de ato complexo⁷⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a importância da reserva pelo Constituinte de certas matérias que só podem ser reguladas por lei é retirada justamente do fato de que somente a lei formal é fruto do Parlamento, ou seja, de um debate entre as mais diferentes tendências ideológicas e segmentos representativos da sociedade. Pode-se dizer, assim, que o "resultado de sua produção jurídica, as

⁷¹ "Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência."

⁷² Diógenes Gasparini. *Poder regulamentar*, p. 149.

⁷³ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 299.

⁷⁴ *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 50

⁷⁵ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 70.

leis (...), necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum contemperamento entre as variadas tendências"⁷⁶.

A obrigatoriedade de certas matérias ao trâmite perante o Parlamento justifica-se pelo grau maior de "controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa" que o processo de elaboração das leis confere às normas jurídicas, bem como ainda permite um maior conhecimento público e até uma *fiscalização social* das disposições que possam vir a ser implantadas, dificultando ou até embargando eventuais preceitos incompatíveis com o interesse público em geral⁷⁷.

Conclui-se, portanto, que o Direito Eleitoral, ao disciplinar o exercício dos direitos políticos pelo cidadão, da soberania popular, base do Estado Democrático inaugurado pela Constituição de 1988, exige amplo controle e debate parlamentar, garantida a participação das minorias neste processo. Assim, conforme a lição de Eneida Desiree Salgado, "a legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade, ou liberdades, como a liberdade de expressão – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o Parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral"⁷⁸.

2.1.2. O Princípio da Anterioridade da Lei Eleitoral

O artigo 16 da Constituição da República (em redação dada pela Emenda Constitucional nº 4/93⁷⁹) é explícito ao definir que "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência". Este princípio comanda que a regra que

⁷⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 361.

⁷⁷ "Deveras, opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em gabinetes fechados, sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz apenas em função da vontade, isto é, da diretriz estabelecida por uma pessoa, o Chefe do Poder Executivo, sendo composto por um ou poucos auxiliares diretos seus ou de seus imediatos". Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 362/363.

⁷⁸ Eneida Desiree Salgado, *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*, p. 300.

⁷⁹ A redação original do dispositivo era: "Art. 16 A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação".

alterar o processo eleitoral só terá eficácia nas eleições ocorridas após o transcurso do período de um ano, a partir da existência válida da norma.

Tal dispositivo foi incluído pelo legislador constitucional para garantir a segurança jurídica ao pleito e a isenção das regras eleitorais ao casuísmo que porventura atinja a atividade legislativa. Uma vez que somente o Poder Legislativo pode inovar a legislação eleitoral, como já exposto, esta regra vem evitar que o Legislador "possa introduzir modificações casuísticas na lei eleitoral para desequilibrar a participação dos partidos e dos respectivos candidatos, influenciando, portanto, no resultado da eleição"⁸⁰.

Complementando, Aroldo Mota esclarece que

as regras do jogo não podem ser modificadas quando da realização do próprio jogo (...) a estabilidade na legislação eleitoral não prejudica nenhum partido político e o processo eleitoral será altamente benéfico pelo conhecimento antecipado de todas as regras e em longo prazo, permitindo o traçado de uma perfeita estratégia para a pugna eleitoral⁸¹.

Entretanto, é sobre o entendimento da expressão "processo eleitoral" do artigo 16 que surge a maior divergência doutrinária e jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre esta divergência no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 354, no dia 24 de setembro de 1990⁸². Nesta oportunidade⁸³, em uma interpretação restritiva do artigo 16, da

⁸⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*, p. 48.

⁸¹ MOTA, Aroldo. *O Direito Eleitoral na Constituição de 1988*, p. 38.

⁸² ADI 354/DF - Distrito Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Octavio Gallotti. EMENTA: Não infringe o disposto no art. 16 da Constituição de 1988 (texto original) a cláusula de vigência imediata constante do art. 2º da Lei nº 8.037, de 25 de maio de 1990, que introduziu na legislação eleitoral normas relativas à apuração de votos. Ação Direta julgada improcedente, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho.

⁸³ Sobre essa questão, o STF confirmou o mesmo entendimento no julgamento do incidente trazido por meio do Recurso Extraordinário n.º 129.392, Relator Min. Sepúlveda Pertence. "I. Processo eleitoral: *vacatio legis* (CF, art. 16): inteligência. 1. Rejeição pela maioria - vencidos o relator e outros Ministros - da arguição de inconstitucionalidade do art. 27 da LC 64/90 (Lei de Inelegibilidades) em face do art. 16 da CF: prevalência da tese, já vitoriosa no TSE, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, par. 9., da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, a sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição (...)"

Constituição Federal, o Supremo entendeu que a mudança nos critérios de apuração dos votos, realizada pela Lei nº 8.037/1990, não ofenderia o princípio da anterioridade.

Como vencedores, entendendo mesmo pela constitucionalidade da aplicação imediata da Lei nº 8.037/1990, foram os Ministros Octavio Gallotti, relator, Célio Borja, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silva. Nestes termos o Min. relator fundamenta sua decisão:

a limitação nele instituída [artigo 16] não se refere (ou não se restringe, pelo menos) à alteração das regras do processo, tomadas como sendo as de direito judiciário, ou seja aos meios e instrumentos da composição das lides nas questões eleitorais.

Alcança a sucessão, o desenvolvimento e a evolução do fenômeno eleitoral, em suas diversas fases ou estágios, a começar pelo sistema partidário e a escolha dos candidatos, passando pela propaganda, e pela organização do pleito propriamente dito, a culminar na apuração do resultado.

Fundamenta-se, por outro lado, no ideal da isonomia e na suspeita da parcialidade das normas eleitorais elaboradas quando já esboçado o balanço das forças políticas empenhadas no pleito que se aproxima.

Votos vencidos, por sua vez, foram os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho. Em seu lúcido voto, o Min. Sepúlveda Pertence adota uma concepção ampla ao conceito de "processo eleitoral", motivo pelo qual, no caso, o regramento da apuração dos votos deveria respeitar o princípio da anterioridade.

Na democracia representativa, por definição, nenhum dos processos estatais é tão importante e tão relevante quanto o processo eleitoral, pela razão óbvia de que é ele a complexa disciplina normativa, nos Estados modernos, da dinâmica procedimental do exercício imediato da soberania popular, para a escolha de quem tomará, em nome do titular dessa soberania, as decisões políticas dela derivadas. (...)

O processo eleitoral é um sistema: a influência recíproca de seus vários momentos é um dado essencial da caracterização do todo. Por isso, a corrupção da idéia de processo democrático é precisamente o que a nossa crônica política batizou de "*casuísmo*", mecanismo pelo qual os detentores do Poder têm abusado da forma da lei para impor mudanças nas regras do jogo, depois, que os fatos da vida política tornam previsível o desfecho, contrário aos seus interesses, a que levaria à observância do procedimento anteriormente definido. (...)

Minha tendência, assim, é de emprestar ao conceito de processo eleitoral, para os fins do artigo 16, extensão tão ampla quanto seus termos comportam, de modo a abranger, radicalmente, desde o alistamento dos eleitores e a habilitação dos partidos à escolha dos candidatos, definindo assim todas as personagens do drama eleitoral; do registro dos candidatos à propaganda; da votação ao procedimento e aos critérios da apuração até o momento culminante da proclamação e diplomação dos eleitos.

Sobre a aplicação do princípio da anterioridade, em um exemplo contemporâneo à elaboração deste trabalho, temos a polêmica Lei dos "Ficha Suja", que teve a constitucionalidade de sua aplicação ao pleito de 2010 discutida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 630.147, ajuizado por Joaquim Roriz após o indeferimento de sua candidatura ao cargo de governador do Distrito Federal.

Entretanto, após um empate histórico, devido à ausência de um membro em Plenário decorrente da aposentadoria do Ministro Eros Grau, e a desistência de Joaquim Roriz do recurso e da própria candidatura (lançando sua esposa, Weslian, em seu lugar), o Supremo decidiu arquivar o feito interposto e abster-se de proferir uma decisão, mantendo a vigência da Lei Complementar n.º 135 até eventual nova apreciação recursal⁸⁴.

Em voto pela constitucionalidade do referido diploma, o Ministro Joaquim Barbosa, ignorando a presunção de inocência e a anterioridade da norma eleitoral, afirmou que seus dispositivos não interferem no processo eleitoral e ainda que a tal

⁸⁴ Retirado de: <<http://noticias.r7.com/eleicoes-2010/noticias/stf-arquiva-julgamento-de-recurso-de-roriz-contra-a-lei-da-ficha-limpa-20100929.html>>.

norma “tem objetivo moralizador, tem fundamento constitucional e, no que tange às causas de inelegibilidade, não desestabiliza o processo eleitoral em curso e não fere o princípio da isonomia e da segurança jurídica, tampouco tem conotação casuística, pois incidirá sobre todos os pleiteantes a cargo eleitoral de forma igual”.

Por outro lado, o Ministro Cezar Peluso, a todo momento contrário à Lei Complementar n.º 135, destacou que todos são a favor da moralização dos costumes políticos, mas disse que a função de uma corte constitucional não é atender às pressões ou à vontade de certos segmentos, mas sim ao que o povo positivou na Constituição. Além disso, defendeu que a aplicação da norma deve respeitar o artigo 16, da Constituição Federal, afirmando que “para dar estabilidade ao processo eleitoral e garantir que a lei não retroaja para não atingir situações consolidadas no passado e não ferir o princípio da segurança jurídica” e que “retroagindo, ela viola vários direitos de ordem constitucionais, o que poderia ser resumido à dignidade da pessoa humana.”

Quanto ao lamentável impasse a que chegou o Supremo, como conclui Eneida Desiree Salgado, ao “decidir por não decidir”, o Supremo acabou maculando o processo eleitoral deste ano com uma incerteza que de quem pode ou não disputá-lo. Supostamente em defesa da soberania popular e da moralidade política, sucessivas decisões decidiram por aplicar uma lei manifestamente inconstitucional não somente em seu aspecto formal, mas também material, visto que “traz severas restrições ao direito fundamental de elegibilidade, sem exigir uma apreciação judicial definitiva (e por vezes sem exigir sequer manifestação judicial) para sua aplicação” e aplica prazos de inelegibilidade absolutamente desarrazoados⁸⁵.

De qualquer forma, quanto ao significado da expressão “processo eleitoral”, adota-se aqui o posicionamento contrário àquele exposto na ADI n.º 354 pelo Supremo Tribunal Federal. A restrição do conceito de “processo eleitoral” vai contra o próprio princípio interpretativo da máxima efetividade da Constituição, desvirtuando princípios ali firmados com o objetivo de garantir a legitimidade e a lisura do pleito em si.

⁸⁵ *Lei da Ficha Limpa e suas implicações constitucionais*. Mini curso proferido no I Simpósio Jurídico dos Campos Gerais do Centro Acadêmico Carvalho Santos – UEPG, Ponta Grossa, 27 set. 2010.

Como bem apontado pelo Min. Sepúlveda Pertence em seu voto, a garantia da legalidade estrita do Direito Eleitoral perde o seu sentido se não vier reforçada da exigência de sua anterioridade, "anterioridade que é essencial à aspiração de segurança e de isonomia, que estão subjacentes à idéia de qualificada de processo, como o devido processo legal".

Entende-se, assim, que, em prol da maior segurança à isonomia do pleito e, conseqüentemente, do fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito, a expressão "processo eleitoral" deve ser entendida como a mais ampla possível, envolvendo tudo aquilo que se refira à matéria eleitoral.

Encerrando com os ensinamentos de Eneida Desiree Salgado, o artigo 16, da Constituição de 1988, se apresenta como uma exigência de que as regras do jogo sejam determinadas um ano antes da disputa eleitoral para evitar casuísmos e surpresas, em nome da estabilidade. "Trata-se de uma medida saneadora que aperfeiçoa o processo eleitoral, de uma garantia contra intervenções casuisticamente dirigidas" às forças dominantes de cada período, assegurando a inquebrantabilidade da isonomia nas regras do pleito⁸⁶.

2.2. CONSULTAS ELEITORAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 121, comanda que "lei complementar disporá sobre a organização e competência" da Justiça Eleitoral⁸⁷. Entretanto, uma vez que, até agora, tal diploma nunca foi elaborado, o Código Eleitoral, lei ordinária nº 4.737, de 15 de julho de 1965, acaba sendo assim considerada lei complementar⁸⁸, em parte e, especialmente, naquilo que se refere à competência da Justiça Eleitoral.

⁸⁶ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 290.

⁸⁷ "Art. 121. **Lei complementar** disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais".

⁸⁸ FLÔRES, Ana Eloíse de Carvalho ; FERNANDES, Rosana Spiller Fernandes. Poder Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. *Resenha Eleitoral: Poder Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral*, p.68/69.

Nestes termos, o artigo 23, inciso XII, do Código Eleitoral estabelece que compete ao Tribunal Superior Eleitoral "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político"⁸⁹. Sendo assim, por condições, podemos conferir às consultas eleitorais: (a) *legitimidade ativa*: só podem ser formuladas por **autoridade pública ou partido político** – não podem ser propostas por particular; e (b) *interesse de agir*: seus questionamentos somente podem versar sobre **matéria eleitoral unicamente de direito** e sem conexão com situações concretas⁹⁰.

Como ensina Suzana de Camargo Gomes, pode-se dizer que o Código Eleitoral confere aos tribunais eleitorais, no exercício de sua peculiar função consultiva⁹¹, um papel pedagógico em suas decisões, "de molde a realizar uma orientação no sentido de que sejam cumpridos os preceitos legais e regulamentares dentro de toda a sua extensão"⁹². Ainda, para Roberto Rosas, ao apreciar as consultas e dar sua interpretação à norma eleitoral, o TSE também está no pleno exercício de sua competência regulamentar⁹³.

Para Marcos Ramayana, a consulta eleitoral serve para conferir aos interessados um maior grau de certeza jurídica nas relações eleitorais, especialmente quanto a desincompatibilização, inelegibilidades, propaganda política eleitoral e outros institutos de direito eleitoral. "As consultas apenas esclarecem aspectos antecedentes ao pleito eleitoral sem inibir, no entanto, a propositura, processo e julgamento" das demandas de competência dos tribunais que as respondem⁹⁴.

Considerando o caráter consultivo e pedagógico, portanto, as consultas eleitorais prestam-se, tão somente, ao elucidamento de questões eleitorais, não

⁸⁹ A competência para os Tribunais Regionais Eleitorais responderem às consultas eleitorais, dentro de seu âmbito de atuação, está prevista, por sua vez, no art. 30, VIII: "responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político".

⁹⁰ José Jairo Gomes. *Direito Eleitoral*, p. 54/55.

⁹¹ José Jairo Gomes acrescenta, também, a esta atribuição uma função *preventiva de litígios* que, porventura, pudessem afetar a regularidade e legitimidade do pleito. *Direito Eleitoral*, p. 54.

⁹² Suzana de Camargo Gomes. *A Justiça Eleitoral e sua competência*, p. 81.

⁹³ Roberto Rosas. *Direito Processual Constitucional*, p. 172/175.

⁹⁴ Marcos Ramayana. *Código Eleitoral comentado*, p. 80/81.

constituindo coisa julgada e não sendo suscetíveis de recurso⁹⁵. Sendo assim, como ensina Eneida Desiree Salgado,

a resposta a consultas não tem caráter vinculante, não cria norma jurídica e não escapa da competência administrativa da Justiça Eleitoral: trata-se de ato enunciativo, em que a Administração expõe sua opinião. Somente a partir dessa configuração se compreende a exclusão do controle da constitucionalidade das consultas⁹⁶

Também, segundo Joel José Cândido,

Mesmo que ainda esteja hígido o disposto no art. 23, XII, do Código Eleitoral, se já não deveria ter sido no passado, é certo que, hoje, as consultas não podem mais versar sobre questões jurisdicionais próprias dos processos com contraditório e com ampla e efetiva defesa, criadoras ou extintivas de direitos e obrigações na órbita dos direitos políticos *strictu sensu*. Devem elas, a nosso sentir, no máximo, se ainda possível de serem formuladas, se limitar às chamadas questões "administrativas eleitorais", pertinentes à execução dos pleitos ou a atos de mera administração da Justiça Eleitoral, missão, aliás, de que as instruções dos tribunais podem e têm se desempenhado a contento (CE, art. 23, IX)⁹⁷.

Entretanto, não é este o modo como o Tribunal Superior Eleitoral vê as consultas eleitorais. No exemplo mais notório, em resposta à consulta nº 715, em 26 de fevereiro de 2002⁹⁸, aquela Corte deu uma nova interpretação ao art. 6º, da Lei nº 9.504/97⁹⁹, definindo, a partir daquelas eleições, a chamada "verticalização das

⁹⁵ Suzana de Camargo Gomes. *A Justiça Eleitoral e sua competência*, p. 171/173.

⁹⁶ Eneida Desiree Salgado, *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 308.

⁹⁷ *Direito Eleitoral Brasileiro*, p. 381/384.

⁹⁸ Consulta nº 715. DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 15/03/2002, Página 183

⁹⁹ "Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário."

coligações". Assim, em aplicação do "princípio da coerência na formação de coligações", respondeu-se que

Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial. Consulta respondida negativamente.

Esta nova interpretação acabou sendo derrubada pela Emenda Constitucional nº 52, de 08 de março de 2006¹⁰⁰, que teria aplicação já para as eleições daquele ano. Contudo, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade deste dispositivo por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685-8, determinando que sua vigência deveria respeitar o prazo do artigo 16¹⁰¹, da Constituição Federal, prazo este curiosamente não respeitado pela resolução.

Ou seja, aqui temos um exemplo manifesto de uma resposta a consulta eleitoral que, além de inovar o ordenamento jurídico, estabelecendo uma obrigatoriedade de conduta aos partidos não prevista em lei, cerca de quatro meses antes das convenções partidárias, "levou a alterações profundas nas regras do jogo

¹⁰⁰ Esta Emenda Constitucional deu nova redação ao parágrafo 1º do art. 17: § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

¹⁰¹ Segundo ementa do acórdão proferido na ADIN nº 3685-8: "2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). (...) 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). (...) 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.

democrático e ao afastamento de dispositivo constitucional expresso"¹⁰². Assim, em um único caso e sem resistência do Supremo Tribunal Federal quanto a isto, o Tribunal Superior Eleitoral desrespeitou frontalmente ambos os princípios tratados anteriormente, quais sejam, a *legalidade estrita em matéria eleitoral* e a *anterioridade na vigência da norma eleitoral*.

Infelizmente, este não é um caso isolado no Tribunal Superior Eleitoral. Este entendimento deturpado acerca da natureza das respostas proferidas nas consultas eleitorais é também visto (e até com mais gravidade) com relação às Resoluções Eleitorais, como será visto adiante.

2.3. RESOLUÇÕES ELEITORAIS

No regime constitucional vigente, como mencionado, apenas foi conferida à Justiça do Trabalho competência normativa e ao Conselho Nacional de Justiça competência regulamentar, sendo guardada à Justiça Eleitoral tão somente a atribuição de elaborar os regimentos internos dos tribunais. Desta forma, não há como conceber qualquer disciplina da matéria eleitoral que não advenha do debate político do Parlamento. "Não cabe, em caso algum, ao Poder Judiciário, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral, 'aprimorar' a legislação eleitoral e as instituições políticas, nem sequer expedir resoluções"¹⁰³.

No entanto, doutrina e jurisprudência¹⁰⁴ sustentam que a competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral emanaria de dois dispositivos do Código Eleitoral¹⁰⁵:

¹⁰² Eneida Desiree Salgado, *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 308.

¹⁰³ Eneida Desiree Salgado, *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 288.

¹⁰⁴ Torquato Jardim, em palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, defendeu que a competência regulamentar da Justiça Eleitoral para expedir resoluções, uma vez que não prevista constitucionalmente, seria já "consuetudinária". Nada mais descabido, se considerarmos isto dentro do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988. Como dito anteriormente, retirar uma competência regulamentar do costume ou da interpretação do texto constitucional é conferir a outro Poder que não o Legislativo uma capacidade amplíssima para legislar originariamente de modo autoritário. Portanto, em uma nova ordem constitucional, que submete o Estado aos primados da legalidade e da separação harmônica dos poderes, não se pode mais reconhecer qualquer espaço para o costume ou a construção interpretativa naquilo que se refere à competência regulamentar.

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;

Como também já dito, muito embora a reserva do artigo 121 da Carta Magna, o Código Eleitoral, mesmo incompatível às disposições constitucionais vigentes após a Constituição de 1988, acaba sendo considerado, em certos aspectos, lei complementar. Um destes fins, lamentavelmente, diz respeito à enumeração das competências da Justiça Eleitoral.

Manifestando-se sob a forma de *resoluções eleitorais*¹⁰⁶, as instruções normativas editadas pela Justiça Eleitoral devem ser entendidas como uma manifestação ainda mais estrita do Poder Regulamentar do Chefe do Poder Executivo. Como visto anteriormente, o regulamento é utilizado de forma subsidiária e acessória à lei formal, para estabelecer as regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por ela, ou para desenvolver seus preceitos, expressos ou implícitos, pormenorizando suas diretrizes, dentro dos limites por ela traçados¹⁰⁷.

Assim, como se pode dizer que

¹⁰⁵ O Código Eleitoral de 1932 já reconhecia, em seu artigo 14, IV, a competência do Tribunal Superior Eleitoral para "fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias".

¹⁰⁶ "*Instruções Normativas* são atos administrativos normativos expedidos pelos Ministros de Estado para execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas são também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim". Já as "*Resoluções* são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica". Hely Lopes Meyrelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 181/183.

¹⁰⁷ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 354

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

Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento¹⁰⁸.

Concluindo, as resoluções são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento interno, não podendo inová-los ou contrariá-los, restringindo-se à sua explicação e complementação¹⁰⁹. Quando o legislador define esta competência ao Tribunal Superior Eleitoral, ele não tem a virtude de inaugurar uma competência regulamentar do judiciário eleitoral, uma vez que suas instruções têm o único e restrito condão de *dar fiel execução* à lei eleitoral¹¹⁰.

Ou seja, se reconhecida esta "competência regulamentar" à Justiça Eleitoral, ao arrepio da Constituição, só se pode conceder às resoluções eleitorais a natureza jurídica de *regulamentos de execução*, de mera aplicação da lei, "precisando os seus conceitos e determinando os procedimentos a serem tomados pela Justiça Eleitoral"¹¹¹. Como instrumentos de sua competência administrativa, de operacionalização do Direito Eleitoral¹¹², as resoluções apenas esclarecem e consolidam a esparsa legislação eleitoral, fixam datas, competências e pormenorizam procedimentos relevantes ao pleito eleitoral, como de registro, prestação de contas, votação, apuração, etc.

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

Como determina a lei nº 9.504/07, as instruções normativas do Tribunal Superior Eleitoral devem ser editadas até o dia 05 de março do ano eleitoral, bem como devem ser aprovadas mediante audiência pública prévia com representantes de todos os partidos que disputarão o pleito vindouro. Assim, a própria lei eleitoral

¹⁰⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 363/364.

¹⁰⁹ Hely Lopes Meyrelles, Op. cit., p. 182/183.

¹¹⁰ Victor Nunes Leal. Lei e regulamento. *Problemas de Direito Público*, p. 216/217.

¹¹¹ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 305.

¹¹² José Jairo Gomes. *Direito Eleitoral*, p. 53/54.

reconhece a natureza jurídica regulamentar destas resoluções e sua inaptidão a inovar em matéria eleitoral, seja por expressamente conferir a elas “caráter regulamentar”, seja por não as sujeitar ao princípio constitucional da anterioridade, previamente abordado¹¹³.

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. (Grifei)

Como precisamente leciona José Augusto Delgado, as resoluções eleitorais encontram sua base jurídica nas atribuições administrativas e jurídicas conferidas pela lei (e não pela Constituição) à Justiça Eleitoral, não podendo elas "alcançar a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral"¹¹⁴.

Em seu voto na Consulta 715/DF¹¹⁵, o Ministro Sepúlveda Pertence precisamente discorre sobre as resoluções eleitorais:

Senhor Presidente, dispõe o art. 23, IX, do Código Eleitoral, competir ao TSE expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código. Cuida-se de competência normativa, mas de natureza infralegal. O juízo de *conveniência*, confiado ao TSE, tem por objeto a *expedição ou não* da instrução, não o seu conteúdo. Este, destinado à execução do código e, obviamente, a todo o bloco da ordem jurídica eleitoral, está subordinado à Constituição e à lei. É verdade além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas

¹¹³ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 306

¹¹⁴ José Augusto Delgado. A contribuição da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento da democracia. In: *Revista de Informação Legislativa*, p. 115/116.

¹¹⁵ Consulta nº 715. Resolução nº 21002 de 26/02/2002, Relator Min. Jacy Garcia Vieira. Diário de Justiça, Data 15/03/2002, p. 183. <Retirado de: Marcos Ramayana. *Código Eleitoral comentado*, p. 78.

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

Suzana de Camargo Gomes defende que as resoluções eleitorais possuem caráter normativo cogente e força de regra geral, sendo que, inclusive, a violação expressa de suas disposições pelos Tribunais Regionais enseja a interposição de Recurso Especial ao Tribunal Superior Eleitoral¹¹⁶.

Entretanto, uma vez afrontada a Constituição Federal pela letra de uma resolução eleitoral, pode esta ser submetida ao controle concreto de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal?

Em conformidade com o mais recente entendimento do Supremo¹¹⁷, tal controle é plenamente viável.

O art. 102, da Constituição Federal, atribui ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por meio da Ação Direta de Constitucionalidade, e de lei ou ato normativo

¹¹⁶ Suzana de Camargo Gomes. *A Justiça Eleitoral e sua competência*, p. 173/174.

¹¹⁷ "(...) RESOLUÇÃO TSE Nº 21.702/2004 - DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS, PELAS CÂMARAS MUNICIPAIS, NA FIXAÇÃO DO RESPECTIVO NÚMERO DE VEREADORES - ALEGAÇÃO DE QUE ESSE ATO REVESTIR-SE-IA DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR - RECONHECIMENTO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO QUESTIONADA - PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO REJEITADA. 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.- ADI 3345, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2005, Diário de Justiça de 20/08/2010, p. 110. Retirado de: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000178528&base=baseAcordaos>>

federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade¹¹⁸. Como já tratado anteriormente, as resoluções eleitorais, se admitidas como manifestação de uma suposta "competência normativa" da Justiça Eleitoral, devem ser plenamente passíveis de controle abstrato de constitucionalidade de seu conteúdo.

O objeto de controle pelo Supremo Tribunal Federal

engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo. Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, ato normativo¹¹⁹.

Quanto ao seu conteúdo, pode-se dizer, aos ensinamentos de Victor Nunes Leal, que "o regulamento é subordinado à lei, assim como a lei é subordinada à Constituição". Entretanto, se a Constituição confere a dado assunto reserva de lei formal, como é o caso do Direito Eleitoral (*supra*), a resolução que dele tratasse, indo além de seu "caráter regulamentar", como preceitua o artigo 105, da Lei n.º 9.504/97, seria nula por motivo, "já não de ilegalidade, mas de inconstitucionalidade, porque não poderia suprir a lei onde a Constituição a exige"¹²⁰.

Como ensina Clèmerson Merlin Clève, um ato normativo de natureza regulamentar

pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação dos poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas

¹¹⁸ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/1993: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal."

¹¹⁹ Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*, p. 689/691.

¹²⁰ Victor Nunes Leal. Lei e regulamento. *Problemas de Direito Público*, p. 72/75.

existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata¹²¹.

Nestes termos, portanto, seja disciplinando autonomamente determinado assunto, seja extravasando os limites legais de sua competência, práticas comuns na história recente daquela Corte Superior Eleitoral, não há qualquer óbice para o controle concentrado de constitucionalidade das resoluções eleitorais.

Feitas estas considerações cruciais quanto às resoluções eleitorais, cumpre-nos agora chegar ao cerne do presente trabalho, qual seja, analisar a resolução n.º 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral e demonstrar em quais aspectos tal diploma afronta os princípios e contornos constitucionais expostos até então.

¹²¹ Clèmerson Merlin Clève. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 211/212.

Capítulo 3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA RESOLUÇÃO 22.610/2007

1.1. BREVE HISTÓRICO

A história da Resolução n.º 22.610 começou com Resolução n.º 22.526, de 27.03.2007, do Tribunal Superior Eleitoral (a partir da Consulta n.º 1.398), e com as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nos Mandados de Segurança n.º 26.602 (Rel. Min. Eros Grau); n.º 26.603 (Rel. Min. Celso de Mello) e n.º 26.604 (Rel. Min. Carmen Lúcia), todas da data de 3 e 4 de outubro de 2007 e publicadas nos DJ de 16 e 19.10.2007¹²².

Previamente, na data de 29 de março de 2007, em resposta à Consulta Eleitoral n.º 1.398, ajuizada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de 6 votos a 1, definiram seu posicionamento no sentido de que os mandatos obtidos nas eleições proporcionais (deputados estaduais, distritais, federais e vereadores) pertenciam aos respectivos partidos políticos ou às coligações e não aos candidatos eleitos¹²³. Em decorrência desta decisão, inúmeras novas ações eleitorais foram ajuizadas, tendo o Plenário do Supremo se manifestado e consolidado seu entendimento quanto à fidelidade partidária a partir de três Mandados de Segurança impetrados, que merecem breve análise abaixo.

Em seu voto (vencido) no Mandado de Segurança n.º 26.602, Ministro Eros Grau manifestou-se pelo não conhecimento da demanda do Partido Popular Socialista (PPS), que requeria a perda do mandato de oito parlamentares por motivo de fidelidade partidária¹²⁴. Afirma ele que não há o que se falar em direito líquido e certo, abuso de poder ou ato ilegal, uma vez que o art. 55, da Constituição Federal, não prevê hipótese de perda do mandato eletivo por desfiliação partidária. Muito

¹²² DJ de 16 e 19 de outubro de 2007, Ata n.º 27, de 3.10.2007, em 16.10.2007 e Ata n.º 45, de 3.10.2007, em 19.10.2007.

¹²³ Consulta n.º 1.398/DF. Rel. Min. César Asfor Rocha.

¹²⁴ Mandado de Segurança n.º 26.602, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 04/10/2007.

embora conhecido, a ordem foi denegada, uma vez que os parlamentares requeridos haviam se desfiliado antes da resposta à Consulta n.º 1.398.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello, em relatoria do Mandado de Segurança n.º 26.603¹²⁵, foi o primeiro a se manifestar quanto à necessidade da criação de um procedimento (dois, em verdade, que serão analisados posteriormente), com a devida garantia ao contraditório e à ampla defesa, para o julgamento dos pedidos de perda de mandato em decorrência de desfiliação partidária.

Já no julgamento do Mandado de Segurança n.º 26.604, merecem destaque alguns trechos do voto na Ministra Carmem Lucia, relatora, que entende que a manutenção do mandato parlamentar independentemente de sua desfiliação importaria em uma "democracia da letra" e uma Constituição puramente formal. A fidelidade partidária seria, assim, um "corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente", sendo desnecessária sua previsão literal pelo texto da Constitucional¹²⁶.

A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovimento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inseqüente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie.

Em suma, ante o novo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu-se que a mudança de sigla, sem justa causa, ocorrida após a vigência das decisões acima expostas – 27.03.2007 para os mandatos proporcionais

¹²⁵ Mandado de Segurança n.º 26.603, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007.

¹²⁶ Mandado de Segurança n.º 26.604, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007.

e 16.10.2007 para os mandatos majoritários, implica a perda da cadeira pelo respectivo titular, podendo o seu partido ou coligação originárias ajuizar ação constitutiva pleiteando a retomada de seu mandato parlamentar, uma vez que este não mais pertencia ao candidato.

Assim, de forma a dar cumprimento às decisões do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança n.º 26.602, 26.603 e 26.604, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n.º 22.610/2007, criando os procedimentos voltados a proporcionar a "ampla defesa" necessária aos casos de desfiliação partidária sem justa causa.

Além do próprio procedimento de perda do mandato partidário, a mesma Resolução disciplina, também, o processo de justificação da desfiliação partidária, a fim de que se declare a existência de justa causa para autorizar a mudança de partido sem que seja imputada a perda do mandato ao seu detentor.

Em sua redação final, a Resolução n.º 22.610/2007 adotou a seguinte feição:

“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 desfiliou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposse, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final. Do acórdão caberá, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apenas pedido de reconsideração, sem efeito suspensivo¹²⁷.

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.

Publicada no DJU de 30.10.2007”

A partir de então, os casos de perda de mandato parlamentar pela desfiliação partidária sem justa causa ficaram conhecidos como sendo de “infidelidade partidária”. Como atenta Joel José Cândido, “o instituto da ‘Fidelidade Partidária’, e o processo a ela relativo, vieram para o Direito Eleitoral brasileiro sem a edição de lei alguma, estando a discipliná-los, somente, as manifestações do TSE e do STF acima aludidas”¹²⁸.

É a partir desta perspectiva que o presente trabalho passará a demonstrar porque o referido diploma é inconstitucional.

¹²⁷ No julgamento do Mandado de Segurança n.º 3.699, o TSE deferiu liminar, tendo em vista que se alegava existência de protesto e requerimento de prova oportuna, mas o Tribunal Regional julgara antecipadamente a causa, afirmando ser desnecessária a prova. Esta decisão levou à edição da Resolução n.º 22.733/2008, que alterou o artigo 11 para a seguinte redação: “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”.

¹²⁸ Joel José Cândido. *Direito Eleitoral Brasileiro*, 14. ed., 2010, p. 697/698.

1.2. OS VÁRIOS ASPECTOS DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Antes de nos aprofundarmos, vale dizer novamente que o objetivo do presente trabalho é, tão somente, demonstrar apenas em seu aspecto **formal** a inconstitucionalidade da Resolução n.º 22.610, confrontando-a com a competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, bem como com os princípios constitucionais de Direito Eleitoral já tratados anteriormente. Assim, os aspectos materiais de inconstitucionalidade da resolução de “infidelidade partidária”, também de possível e alongada exposição, não serão aqui abordados em profundidade.

1.2.1. A inovação ao texto constitucional

A Constituição de 1988 abordou o tema dos partidos políticos em seu art. 17, definindo que

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de **disciplina e fidelidade partidária**. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 52, de 2006¹²⁹)

¹²⁹ A redação original do § 1º, do art. 17, da Constituição Federal, era: “§ 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias”. Percebe-se, portanto, que a Emenda Constitucional n.º 52 não trouxe novidades quanto ao instituto da fidelidade partidária.

A regulamentação do dispositivo, por sua vez, veio com a Lei n.º 9.096/95, a Lei dos Partidos Políticos, em que merecem destaque específico o artigo 14, inciso V, e artigo 25, *caput*, que tratam da "fidelidade partidária":

Art. 14. Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento. (...)

V - **fidelidade e disciplina partidárias**, processo para apuração das infrações e aplicação das penalidades, assegurado amplo direito de defesa;

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.**

Ou seja, ao contrário de nossa Constituição anterior¹³⁰, se a Carta Magna de 1988 não recepcionou em momento algum a possibilidade de perda do mandato em razão de *infidelidade partidária*, não há qualquer cabimento no TSE, por meio de uma resolução eleitoral, estabelecer um rito para a perda do mandato parlamentar pelo mesmo motivo.

A Constituição Federal de 1988, estabelecendo como modelo em nosso novo Estado Democrático o *mandato representativo* e a liberdade de seu

¹³⁰ A Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.69, deu ao art. 152 a seguinte redação: "Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais que, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa".

exercício¹³¹, assegura aos partidos políticos ampla liberdade para organizarem-se e definirem as condutas que caracterizam infidelidade partidária, sendo que as agremiações "não somente deverão obedecer ao disposto no estatuto partidário, quanto à forma, e sim, principalmente, quanto ao seu conteúdo", bem como que estas "diretrizes não poderão ofender o art. 17 da Constituição Republicana de 1988", em que estão dispostos os ideais que devem nortear sua organização e atuação¹³².

Segundo os ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève, configura-se a *infidelidade partidária* quando há o descumprimento de uma diretriz partidária estabelecida de modo legítimo pelo partido por meio de seu respectivo órgão de direção. As diretrizes partidárias, no entanto, devem dizer respeito à compatibilidade da atuação dos mandatários com a doutrina partidária, não podendo configurar, de modo algum, restrição à liberdade de consciência do mandatário. Assim, aos estatutos partidários não é permitida a previsão de diretrizes partidárias vinculantes da atuação parlamentar, "sob pena de caracterização de ato de infidelidade, capaz de violentar a independência moral e a liberdade de atuação do mandatário eleito", uma vez que o obrigam a votar contra a sua consciência em matéria que não conste, expressamente, no programa partidário¹³³.

¹³¹ Nas lições de José Afonso da Silva "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. É denominado *mandato representativo* para distinguir-se do *mandato de direito privado* e do *mandato imperativo*. (...) 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 assembléias 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. (...) Segundo a teoria da representação política, que se concretiza no mandato, o representante não fica vinculado aos representados, por não se tratar de uma relação contratual; é *geral, livre, irrevogável* em princípio, e não comporta ratificação dos atos do mandatário". *Curso de direito constitucional positivo*, p. 138/139. Uma vez que o objetivo desta monografia é a análise apenas da inconstitucionalidade **formal** da Resolução n.º 22.610, não cabe aqui um maior detalhamento acerca do *princípio constitucional para a liberdade de exercício do mandato*. Assim, para um estudo aprofundado sobre o assunto, recomenda-se a consulta à obra de Eneida Desiree Salgado, *Princípios constitucionais eleitorais*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹³² Fernando Fernandez. *Fidelidade partidária no Brasil: análise sob a óptica da política jurídica*, p. 129.

¹³³ "Não é possível, afinal, que não se dê ao representante eleito sequer o direito de esquivar-se, por motivo de foro íntimo, dever de consciência ou convicção política, religiosa ou filosófica, de votar de

Muito embora os partidos políticos, em seus estatutos, possam estabelecer sanções para esses atos de *infidelidade partidária*, a Carta Magna, além de não prever a possibilidade de perda do mandato por conta dessas condutas, acaba vedando-a. Em seu artigo 15, proíbe a cassação de direitos políticos, sendo admitida apenas a sua perda ou suspensão nas estritas hipóteses ali previstas, e em seu artigo 14, § 9º, faz reserva somente a **lei complementar** para o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade¹³⁴.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II - incapacidade civil absoluta;
- III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
- IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

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

Por outro lado, assim dispõe o art. 55, da Constituição Federal sobre a perda do mandato por deputados e senadores:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

acordo com a ordem recebida". Clèmerson Merlin Clève. *Fidelidade partidária: Impeachment e Justiça Eleitoral*, p. 30/34.

¹³⁴ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 407.

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

Aqui, observa-se que a competência para declarar a perda do mandato do parlamentar é da Mesa da Casa respectiva, quando aquela tiver sido decretada pela Justiça Eleitoral. Entretanto, o texto constitucional preocupou-se em definir que somente seria decretada a perda do mandato "nos casos previstos nesta Constituição".

O texto constitucional, portanto, não recepcionou a hipótese de perda do mandato pela desfiliação do partido pelo qual o mandatário se elegeu, não sendo cabível, ainda, qualquer interpretação que acrescente esta possibilidade implicitamente a seu texto. Como já mencionado, a Constituição de 1969 previa expressamente tal hipótese, mas a presente ordem constitucional fez uma "escolha

consciente pela exclusão da perda de mandato por infidelidade", ainda nos debates da constituinte:

Com a elaboração da nova Constituição, a fidelidade partidária não encontra guarida. A Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 afasta conscientemente a fidelidade partidária do texto constitucional. A possibilidade de perda de mandato por abandono do partido pelo qual o representante foi eleito não fica implícita nem decorre do sistema. É objeto de uma escolha expressa, explicitada nos trabalhos das subcomissões, comissões, na sistematização e em plenário. O silêncio aqui é eloqüente¹³⁵.

Assim sendo, é visível que, ao estabelecer uma nova hipótese de “perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa”, a Resolução n.º 22.610, do TSE, inova e, até, afronta o texto constitucional. A partir de uma presunção de que o eleitor vota no partido, e não no candidato, o Tribunal Superior Eleitoral criou uma hipótese de literal “cassação” de direitos políticos, afrontando diretamente a “reserva de lei” do Parlamento.

Como já dito anteriormente, as Resoluções Eleitorais sequer foram recepcionadas pela Constituição vigente e, mesmo que assim seja considerado, devem elas servir unicamente como instrumentos para o exercício da competência administrativa da Justiça Eleitoral, de operacionalização do Direito Eleitoral, apenas esclarecendo e consolidando a esparsa legislação eleitoral para os pleitos que se aproximam¹³⁶.

Além de sua própria existência ser formalmente inconstitucional, a Resolução n.º 22.610 ainda disciplina originariamente em matéria eleitoral, restringindo direitos políticos, como a liberdade no exercício do mandato parlamentar, inerente a nossa democracia representativa, e mesmo estabelecendo hipóteses de sua perda sequer previstas constitucionalmente, como é o caso da

¹³⁵ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 181/185.

¹³⁶ Apesar da conclusão correta quanto à sua inconstitucionalidade, este não se compartilha aqui do entendimento de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira, que afirmam que as Resoluções do TSE têm “força de lei ordinária federal”. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*, p. 138.

infidelidade partidária. Ou seja, a partir da apreciação de casos individuais, o Tribunal Superior Eleitoral (e o próprio Supremo Tribunal Federal) inova o ordenamento jurídico, desrespeitando, inclusive, as normas aprovadas legitimamente pelo próprio Parlamento, em flagrante afronta à legalidade¹³⁷.

Ao estabelecer no art. 1º, §1º, as hipóteses de justa causa de modo taxativo, o Tribunal Superior Eleitoral engessou de modo arriscado a atuação parlamentar do detentor. Exigindo a "mudança **substancial** ou desvio **reiterado**" no programa partidário, estabelece uma completa sujeição do detentor do mandato às deliberações tomadas pela cúpula partidária, e exigindo "**grave** discriminação pessoal", submete o parlamentar a uma gradação a ser definida unicamente pelo juízo de discricionariedade do Tribunal, sobre o que pode ou não ser considerado "grave" a justificar a mudança de legenda.

Ademais, prever casos taxativos e manifestamente insuficientes de justa causa para a desfiliação partidária implica o retorno da figura do *mandato imperativo* em um Estado democrático.

Vale destacar, também, um trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa no Mandado de Segurança n.º 26.603:

(...) o argumento acolhido pelo TSE coloca o partido político como elemento central, incontestável, de toda a nossa organização política. Faz dos partidos políticos a fonte derradeira de toda a legitimidade democrática em nosso país. Esse argumento faz, a meu ver, a mais absoluta abstração daquele que, em realidade, encarna a própria soberania – o povo. (...) Ao conferir essa centralidade exacerbada aos partidos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral esqueceu-se de que a nossa organização político-constitucional é informada por um princípio capital inserido logo no art. 1º da Constituição que diz: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"¹³⁸.

¹³⁷ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 311.

¹³⁸ MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. Retirado de: <http://www.sbdp.org.br/processo_seletivo_2010/MS_26603%20parte%202.pdf>.

O exercício do mandato é livre nos ditames da Constituição, podendo apenas ser limitado, até certo ponto, pelas normas de fidelidade partidária estabelecidas pelos próprios partidos políticos. Uma vez que a filiação é requisito constitucional de elegibilidade, nada mais justo que os partidos políticos exerçam um controle da obediência às suas diretrizes, condicionando, de certo modo, o exercício do mandato de seus filiados¹³⁹. Contudo, observa-se aqui que o Tribunal Superior Eleitoral tem uma visão míope do instituto.

Aqui, podemos acrescentar a conclusão de Celso Ribeiro Bastos quanto à *fidelidade partidária*, anterior a todo o furor causado pela Resolução n.º 22.610:

Andou bem a Constituição ao prever o instituto [da fidelidade partidária], atribuindo, contudo, aos próprios partidos discipliná-lo. Certamente saberão estes mostrar uma forma que permita reprimir aqueles abusos, que se traduzem em verdadeira agressão ao partido por parte daqueles outros em que, embora minoritários, certos integrantes estejam a fazer um uso legítimo de sua prerrogativa de representante do povo.

As sanções definitivas devem ser de ordem política. Aqueles que se afastam dos programas partidários, traíndo a vontade dos que o elegeram, numa democracia operativa e eficaz, deverão merecer o mais completo repúdio nas eleições seguintes.

Jamais institutos técnico-jurídicos poderão substituir-se plenamente à força sancionadora do eleitorado, que é, ainda, o mais legítimo¹⁴⁰.

Logo, o instituto da *fidelidade partidária* deve ser entendido inteligentemente dentro de seu contexto constitucional, não podendo ele retirar a liberdade de consciência e convicção do detentor do mandato, por meio de uma atuação parlamentar plenamente vinculada às deliberações das cúpulas partidárias. Pelo contrário, deve a *fidelidade* atuar como um instrumento voltado sim à

¹³⁹ Clèmerson Merlin Clève. *Fidelidade partidária: Impeachment e justiça eleitoral*, p. 29.

¹⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 288.

manutenção da "coesão partidária", evitando a "persecução de objetivos outros que não aqueles legítimos (desvio de finalidade)"¹⁴¹.

Como ensina Eneida Desiree Salgado, aos ensinamentos de John Hart Ely, a defesa da inconstitucionalidade da Resolução n.º 22.610 não se trata da defesa dos parlamentares "infiéis". Muito pelo contrário, o descumprimento ao princípio da legalidade estrita em matéria eleitoral

retira a possibilidade de controle social do cumprimento do mandato do parlamentar, determinante para a configuração de uma república democrática. A subtração de determinadas matérias do debate político, no entanto, importa igual afastamento do controle popular, com a tomada de decisão por agentes não eleitos e não controlados por agentes eleitos¹⁴².

Também precisamente discorreu neste sentido o Exmo. Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, em seu parecer no Mandado de Segurança n.º 26.603, de Relatoria do Min. Celso de Mello, que trata da *infidelidade partidária*:

Lembro, em primeiro lugar, que a lição clássica de teoria do direito não permite ao intérprete preencher as lacunas impróprias, por acaso, deixadas pelo legislador constituinte. (...)

Parece óbvio que não se pode sublevar contra uma patente e voluntária omissão normativa a título de complementação judicial da obra constituinte, agora, estaríamos mais nitidamente diante de preenchimento de uma 'lacuna ideológica', *de iure condendo*, do que deveria ter dito o constituinte ao invés do que disse. A admitir-se a hipótese teríamos nítida mutação constitucional exogenética e um ativismo judicial que iria muito além do programa normativo e da exatidão funcional de seu agir. (...)

¹⁴¹ Clèmerson Merlin Clève. *Fidelidade partidária: Impeachment e Justiça Eleitoral*, p. 25/26.

¹⁴² Segundo o entendimento de John Hart Ely (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 132 e 134). Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 313.

Convincentes, a propósito, são também as palavras de Konrad Hesse, quando afirma que o intérprete judicial tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas: 'ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição constitucional das funções de Estado'. (...) quando se desconsidera esse dever, não se interpreta, mas passa-se por cima da Constituição: 'Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi*'¹⁴³.

É na busca de uma “moralização” da política, e da constante sujeição às pressões de uma falsa “opinião pública” (seja lá o que isso for) que o Tribunal Superior Eleitoral, com respaldo e apoio do Supremo Tribunal Federal, viola constantemente a legislação eleitoral. Não se retiram aqui os méritos da Justiça eleitoral em coibir os abusos de poder e o descumprimento reiterado da legislação Eleitoral em prol da lisura de cada pleito.

No entanto, ao promover uma judicialização constante do jogo político, o Tribunal Superior Eleitoral retira do eleitor seu papel de maior fiscalizador da democracia. O mandato não pertence ao partido, muito menos ao candidato, mas sim ao povo que o elegeu e para o qual deve ele prestar contas de suas atitudes. Não cabe ao Judiciário o papel de punir as mudanças de partido (e às custas da própria Constituição neste processo), mas sim do eleitorado por meio das urnas, ainda o modo mais legítimo de expressar o desagravo do povo e, do modo mais severo, castigar os mandatários infiéis em um regime plenamente democrático.

1.2.2. A criação de novos procedimentos

Além de inaugurar uma nova hipótese de perda do mandato eletivo, a Resolução n.º 22.610 passou a disciplinar dois novos procedimentos eleitorais: a

¹⁴³ SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. Parecer no Mandado de Segurança n.º 26.603, Data: 20.09.2007. Retirado de: CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*, p. 204/206.

"Ação de Decretação de Perda de Cargo Eletivo por Desfiliação sem Justa Causa" e a "Ação de Justificação de Abandono de Sigla".

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. (...)

§ 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.

Como mencionado acima, a “autorização” para a previsão destes novos procedimentos veio do próprio Supremo, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 26.603:

“(...) A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO. - O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da "analogia legis", mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº 64/90. - Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral - e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) -, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE nº 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais(...)”.

Apesar da dúvida que a redação original da resolução gerou, após a nova redação dada ao artigo 11 pela Resolução n.º 22.733/2008¹⁴⁴, entretanto, não há dúvidas quanto à natureza judicial-eleitoral desses novos procedimentos. O caráter jurisdicional destes procedimentos foi, inclusive, reconhecido pelo próprio TSE, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 3.699¹⁴⁵.

Entretanto, conforme estabelece a Constituição de 1988, legislar sobre direito processual é competência privativa da União, sendo que, por meio de Lei Complementar, pode ela delegar aos Estados apenas a definição de questões específicas sobre este assunto. Bem ainda, o seu artigo estabelece como competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal a disciplina de *procedimentos* em matéria processual:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XI - procedimentos em matéria processual;

¹⁴⁴Art. 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.

¹⁴⁵ Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. CONCESSÃO.1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, contra acórdão do TRE/PA que julgou procedente o Processo de Perda de Cargo Eletivo fundado na Res.-TSE nº 22.610/2007 e decretou a perda do mandato de vereador do impetrante, em razão de desfiliação partidária sem justa causa.2. Apesar de a Resolução nº 22.610/2007 admitir a possibilidade do julgamento antecipado da lide, primeiramente, há de ser resguardado o exercício do direito à ampla defesa, especialmente quando o requerido pugnar pela produção de prova testemunhal para demonstrar a existência de uma das hipóteses de justa causa elencadas no art. 1º, § 1º, da citada Resolução. 3. Liminar concedida, com efeitos retroativos, para suspender a execução do Acórdão nº 20.214 do TRE/PA". MS 3.699, Relator Min. José Augusto Delgado, publicado no DJ de 11.04.2008. Retirado de: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>.

Neste passo, vale lembrar que a única competência "regulamentar" que se pode reconhecer ao Tribunal Superior Eleitoral, a partir do texto da Carta Magna de 1988, é aquela prevista em seu artigo 96, I, "a", qual seja, a de elaborar seu regimento interno "com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos". Além disso, se aceita a recepção do Código Eleitoral no que tange às atribuições da Justiça Eleitoral, acrescente-se a esta competência normativa a elaboração das chamadas resoluções eleitorais (artigo 23, IX), como já detalhado acima.

Primeiramente, cabe aqui uma breve separação sobre o que deve ser entendido sobre "processo" e "procedimento", para o direito processual civil. Para Edson Ribas Malachini, resumidamente, "**procedimento** é a seqüência de atos que se realizam no exercício da jurisdição, (...) assim como a relação que entre esses atos se estabelece; enquanto que o **processo**¹⁴⁶ é mais a relação jurídica que se estabelece entre o juiz e as partes"¹⁴⁷. Assim, percebe-se que o "processo" é pressuposto para que exista um "procedimento".

As regras sobre competência; a exigência da citação e das intimações, atos de comunicação pessoal que se constituem em requisito fundamental do contraditório; as regras sobre os pressupostos processuais (inclusive sobre as nulidades) e as chamadas condições da ação; sobre os meios de prova, os requisitos da sentença, os recursos interponíveis, a coisa julgada, (...) certamente não são normas meramente procedimentais, mas – atendendo-se à dicotomia estabelecida na doutrina e no próprio CPC (...), e que parece corresponder à natureza das coisas – normas processuais¹⁴⁸.

¹⁴⁶ O processo aqui mencionado em nada tem a ver com aquele do artigo 16, da Constituição de 88 (...*processo eleitoral*...), já trabalhado anteriormente.

¹⁴⁷ Edson Ribas Malachini. *O Processo Civil contemporâneo*, p. 146.

¹⁴⁸ Edson Ribas Malachini. *O Processo Civil contemporâneo*, p. 153.

Curiosamente, todos estes aspectos, de competência privativa de **lei federal**, fruto do Parlamento, foram disciplinados originariamente pela Resolução n.º 22.610, sem qualquer processo prévio que os fundasse.

Mesmo que aqui se procurasse uma "equiparação" das Resoluções Eleitorais aos regimentos internos dos Tribunais, ainda assim a inconstitucionalidade deste diploma não poderia ser sanada. Como dito anteriormente, no entanto, o regimento interno dos tribunais só pode se limitar à organização dos serviços administrativos dos tribunais, bem como complementar a legislação processual naquilo que com ela for compatível¹⁴⁹.

Complementar a legislação processual, aqui, no entanto, não pode, de modo algum, significar "innovar", criar novos instrumentos para tutela de direitos materiais, ou seja, novas "ações". Pelo contrário, significa tão somente estabelecer os ritos que certos instrumentos, já estabelecidos pela lei processual, deverão seguir nos tribunais, dentro de sua organização interna. É o que acontece nos casos dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que disciplinam as minúcias procedimentais dos recursos que lhes são competentes.

Sendo assim, observa-se que, ao "criar", por meio de uma resolução eleitoral, dois novos processos judiciais, estabelecendo competências, prazos, meios de provas e recursos cabíveis aos interessados, o Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal afrontam a tripartição dos poderes e desrespeitam diretamente a repartição de competências estabelecida constitucionalmente.

Em outro argumento de defesa da Resolução n.º 22.610, poder-se-ia dizer que a instituição destes novos procedimentos é plenamente legítima ao Tribunal Superior Eleitoral para a garantia da *tutela jurisdicional efetiva*. Sobre este conceito, Luiz Guilherme Marinoni leciona que, "nos casos de ausência de regra ou técnica processual ou de previsão de técnica processual para uma situação diferente da contemplada no caso concreto", poderia o julgador, a fim de assegurar a efetiva tutela jurisdicional, "suprir a omissão quando se tem consciência de que a técnica processual depende apenas da individualização do caso concreto".

¹⁴⁹ Clèmerson Merlin Clève. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, p. 85.

(...) se tal direito fundamental [tutela jurisdicional efetiva], para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar direitos – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional¹⁵⁰.

Entretanto, este raciocínio não pode ser aplicado aos procedimentos criados pela Resolução n.º 22.610. A *tutela jurisdicional efetiva*, como visto, é aquela fornecida pelo Estado de modo a garantir a tutela de um direito material reconhecido constitucional ou legalmente, o que, conforme já demonstrado, não é o caso aqui.

O direito a pleitear a perda do mandato parlamentar nos casos de *infidelidade partidária* não possui qualquer amparo legal ou constitucional. Por opção do próprio constituinte, a Carta Magna não prevê, em momento algum, que as condutas que afrontam os estatutos partidários ensejam a perda do mandato parlamentar e, por isso mesmo, não tem qualquer interesse em criar instrumentos ou técnicas processuais para a sua tutela.

Nos casos de *infidelidade partidária*, não há qualquer omissão do legislador processual a ser suprimida pelo julgador no caso concreto, uma vez que os procedimentos criados pela Resolução n.º 22.610 servem, tão somente, para garantir a tutela de uma pretensão material criada por ela mesma. Ainda, a tutela jurisdicional efetiva é aquela garantida pelo juiz para o **caso concreto**, não possui o condão de estabelecer uma *norma procedimental geral*, como é a pretensão daquela resolução nos casos de *infidelidade partidária*.

Conclui-se que, em mais este aspecto, portanto, a Resolução n.º 22.610 não possui amparo constitucional. Como afirmam Thales Tácito Pontes Luz de

¹⁵⁰ Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria geral do processo*, p. 126/127.

Pádua Cerqueira e Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua Cerqueira,

o STF, (...), acabou, *data venia*, por criar, um 'procedimento inexistente numa justiça incompetente', ou seja, criou um procedimento denominado 'administrativo-eleitoral', quando na realidade é instrumento 'cível-eleitoral', legislando sobre eleitoral e processo civil, matérias afetas à União (...)¹⁵¹.

Além do exposto acima, atente-se que, por meio destes novos procedimentos, a Resolução n.º 22.610 também vulnera manifestamente o princípio da ampla defesa de diversas maneiras.

O art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988 fez cair por terra qualquer restrição infundada à aplicabilidade do princípio da ampla defesa, prevendo que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"¹⁵². Portanto, pode-se concluir que a *ampla instrução probatória*¹⁵³ nos procedimentos previstos na Resolução n.º 22.610 deve ser amparada da forma mais vasta possível, não aceitando qualquer forma de restrição ou recusa infundada por parte dos tribunais julgadores.

§ 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
- (...)

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, **até o máximo de 3**

¹⁵¹ *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*, p. 85.

¹⁵² Segundo Egon Bockmann Moreira, "sempre que o processo albergar conflito de interesses (efetivo ou potencial) ou imputação de ilicitudes. Pouco importa tratar-se de processo penal, trabalhista, cível ou administrativo; a regra é a aplicação máxima da ampla defesa". *Processo Administrativo: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 316.

¹⁵³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 496.

(três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas. (Grifei)

Como leciona Luiz Guilherme Marinoni, a "ampla" defesa não pode ser entendida como "defesa ilimitada", mas sim como aquela defesa adequada e necessária para que o réu possa se opor à pretensão de tutela do direito, sem limitações irracionais de sua possibilidade de alegar e provar, seja pela lei ou pelo juiz no caso concreto¹⁵⁴. Sendo assim, uma vez que os procedimentos previstos pela Resolução n.º 22.610 representam o mais adequado (senão o único) instrumento previsto para o exercício de sua plena defesa contra a sanção que ela mesma cria, a relação taxativa das alegações a serem trazidas pelo réu não é compatível com a *ampla defesa* amparada constitucionalmente.

(...) o direito de defesa é o direito de efetivamente poder negar a tutela do direito, o qual apenas poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito.

Nessa perspectiva, não há como deixar de perceber que o direito de defesa também consiste no direito de influir sobre o convencimento do juiz. E isso mediante alegações, requerimento de provas, participação na sua produção, consideração sobre os seus resultados, etc.(...)¹⁵⁵.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa concretizado pela *ampla instrução probatória* visa assegurar ao mandatário requerido seu direito processual de propor e produzir todas as provas a que tem direito, demonstrando a necessidade de sua produção na resolução do caso concreto, bem como de fazer todas as alegações que lhe sejam pertinentes. Portanto, conforme atenta Egon Bockmann Moreira, não é todo fato que pode ser objeto de prova, mas aquele relevante e

¹⁵⁴ Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria geral do processo*, p. 316/317.

¹⁵⁵ Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria geral do processo*, p. 312.

controverso, cuja demonstração é indispensável para a convicção daquele que irá julgar o litígio¹⁵⁶.

Assim sendo, não encontra qualquer amparo legal ou constitucional o cerceamento das ressalvas à perda de mandato, taxativamente previstas no § 1º do artigo 1º, da resolução em análise. Muito menos existe qualquer fundamento para a restrição no número ínfimo de testemunhas imposto pelo Tribunal Superior Eleitoral para o procedimento de "Decretação de Perda de Cargo Eletivo". Ou seja, em mais este aspecto o Tribunal Superior Eleitoral faz uso de uma competência regulamentar inexistente para afrontar princípios expressos no texto constitucional.

Atente-se também que "do direito de defesa decorre o direito ao **procedimento adequado** – no sentido de procedimento capaz de permitir a efetiva negação da tutela do direito"¹⁵⁷.

Portanto, se demonstrado que a produção da prova é possível e necessária à resolução do litígio, bem como que o fundamento de defesa é consistente e relevante para justificar a desfiliação do mandatário, não pode o tribunal competente, de modo algum, recusar o seu acolhimento, sob pena de afronta direta ao princípio da ampla defesa, protegido constitucionalmente tanto no âmbito administrativo quanto no jurisdicional.

Inconstitucional também é a limitação de prazo para o encerramento do processo de Decretação de Perda do Mandato Eletivo, uma vez que, em virtude das graves conseqüências que podem vir da procedência deste processo, não pode o Tribunal anular uma plena instrução probatória em prol da "mais absoluta celeridade"¹⁵⁸, em expressão utilizada por Fernando Gurgel Pimenta.

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.

¹⁵⁶ Egon Bockmann Moreira. *Processo Administrativo: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*, p. 341.

¹⁵⁷ Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria Geral do Processo*, p. 312.

¹⁵⁸ *Guia prático da fidelidade partidária à luz da resolução 22.610/07*, p. 131.

Por fim, vale dizer, também, que a Resolução n.º 22.610 claramente faz uma inversão do ônus da prova em seu procedimento:

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

A Ação de Decretação de Perda de Mandato Eletivo exige prova documental mínima da desfiliação do requerido para seu recebimento, suficiente apenas para demonstrar a possível existência do direito formulado no pedido inicial. Assim, ao autor é exigido apenas juntar a comunicação de desfiliação que o requerido lhe fez, bem como uma certidão da comunicação de desfiliação feita por ele ao juiz eleitoral competente¹⁵⁹.

Ou seja, constata-se que há nítida inversão do ônus da prova no procedimento em tela, uma vez que incumbe não ao requerente que demonstre a ausência de justa causa para a desfiliação realizada (fato extintivo, modificativo ou impeditivo do pedido do autor), mas sim ao próprio requerido que comprove, em contestação e pelos limitados meios probatórios a ele disponibilizados, a relevância de suas razões para a mudança de legenda.

Talvez o conceito mais apropriado para a modificação do ônus da prova constatada na Resolução n.º 22.610 seja aquele de *presunção relativa judicial*. Sérgio Cruz Arenhardt ensina que esta inversão ocorre quando o julgador, partindo da convicção de ocorrência de um determinado fato provado (indício), pode, por raciocínio lógico ("juízos de verossimilhança preponderante"), inferir a existência de outro fato (objeto a ser provado), já que, comumente, um decorre do outro ou acontecem simultaneamente¹⁶⁰. Em virtude desta prova indiciária,

¹⁵⁹ Joel José Cândido. *Direito Eleitoral Brasileiro*, 2010, p. 706.

¹⁶⁰ Além desta, há a *presunção relativa legal*, em que a própria lei processual fixa previamente uma "verdade" a respeito de certo fato, que deve ser aceita pelo julgador salvo se existir prova em contrário. Para maior aprofundamento quanto ao assunto, recomenda-se a leitura de: Sérgio Cruz Arenhardt. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, p. 25-60, maio 2006.

atribui-se à parte contrária a demonstração de que o liame lógico que liga ambos os fatos (o indício e o fato probando) não é suficientemente forte a ponto de fazer o magistrado considerar este último como existente. Atribui-se, também, a prova da eventual inexistência do fato probando, excluindo totalmente o nexo entre o indício e aquele outro fato.

De qualquer forma, para Luiz Guilherme Marinoni, o julgamento com base em um juízo de verossimilhança (quando a prova é de difícil ou impossível produção para ambas as partes) ou a inversão do ônus probatório "sem a presença de critérios justificadores e sem a devida racionalização através da motivação violam o direito de defesa, pois fazem pesar sobre o réu um ônus que não lhe pertence"¹⁶¹.

E é exatamente isto que ocorre no procedimento de Decretação de Perda do Mandato Eletivo. Ou seja, partindo da ocorrência de um fato certo (desfiliação partidária), os julgadores, sem qualquer justificativa, presumiram outro fato (ausência de justa causa) e atribuíram ao réu a prova da inexistência de liame lógico entre ambos (que a desfiliação ocorreu por justa causa), o que evidentemente é absurdo e contrário ao próprio princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal¹⁶²).

Neste caso, a justa causa é parte do próprio interesse de agir do partido ou coligação e requisito fundamental para a procedência do pedido de decretação de perda do mandato. Sendo assim, caberia ao próprio autor sustentar e demonstrar em que sentido a mudança de partido ocorreu sem justa causa e demonstrar o fato constitutivo do direito que pleiteia. Não há a mínima razoabilidade em se exigir do réu o ônus de produzir prova contra fato do qual sequer foi tentada a comprovação de existência, nos termos do artigo 8º, da Resolução n.º 22.610/2007.

Como ensina Eneida Desiree Salgado, percebe-se nesta opção do Tribunal Superior Eleitoral a coerência com a sua concepção de que o mandato eletivo pertence ao partido, em detrimento do atual "desenho constitucional"¹⁶³. Ao

¹⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria geral do processo*, p. 337.

¹⁶² "LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

¹⁶³ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*, p. 310/311.

dispor sobre o ônus da prova e forçando o mandatário a provar os fundamentos de sua desfiliação, os ministros do Supremo Tribunal Federal apresentam uma leitura manifestamente contrária ao princípio da presunção de inocência, ou seja, partem da equivocada e lamentável premissa de que toda mudança de legenda se dá sem justa causa e, conseqüentemente, enseja a perda do mandato.

1.2.3. Uma nova competência à Justiça Eleitoral ao arrepio do artigo 121 da Constituição da República

Como já dito anteriormente, o artigo 121, da Constituição de 1988, reservou a **Lei Complementar** a disposição sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juízes de Direito e das Juntas Eleitorais. E mais uma vez, nota-se aqui que não houve observância ao comando constitucional.

Tanto na "Ação de Decretação de Perda de Mandato Eletivo por Desfiliação Partidária sem Justa Causa", quanto na "Ação de Justificação de Abandono de Sigla", a Resolução n.º 22.610 acabou adotando um critério próprio de fixação de competência. Assim, definiu que: se o mandato for municipal (vereadores e prefeitos) ou estadual (governadores, deputados estaduais e distritais), a competência de apreciação é do Tribunal Regional Eleitoral respectivo; se o mandato for federal (deputados federais, senadores e Presidente da República), o processamento se dará perante o Tribunal Superior Eleitoral.

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

Justamente por conta deste dispositivo, em um posicionamento admirável, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, no dia 12 de março de 2008, considerou inconstitucional o artigo 2º, da resolução em análise, entendendo que as normas que dispõem sobre a competência da Justiça Eleitoral só podem ser estabelecidas por

meio de Lei Complementar, tendo em vista o artigo 121 da Constituição. Como consequência, 422 processos de decretação de “Perda de Mandato Eletivo por Desfiliação sem Justa Causa” e de “Justificação de Abandono de Sigla” ficaram sobrestados até a apreciação pelo Supremo da ADI n.º 3.999¹⁶⁴, que reconheceu a constitucionalidade das Resoluções n.º 22.610/2007 e 22.733/2008 (que alterou a primeira).

Entretanto, não é aqui que reside a maior polêmica quanto ao tema. Por meio da Resolução n.º 22.610, ficou estabelecido uma hipótese inédita de perda do mandato parlamentar a ser decidida pela Justiça Eleitoral. Até então, uma vez que considerado tema pertinente ao direito constitucional, federal ou estadual, estranha, portanto, às eleições, a perda do mandato parlamentar decorrente de atos em seu exercício é julgada pela Justiça Comum.

Além disso, curiosamente, é pacífico o entendimento do TSE de que a competência jurisdicional da Justiça Eleitoral acaba com a diplomação dos eleitos, uma vez que o mandato somente pode ser impugnado perante o juízo eleitoral competente até o prazo de 15 dias após a diplomação, nas hipóteses de abuso do poder econômico, corrupção e fraude (artigo 14, § 10º, da Constituição Federal¹⁶⁵).

Não é da Justiça Eleitoral - segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal - decidir sobre a perda de mandato eletivo por fato superveniente à diplomação: não cabe, assim, conhecer da consulta a respeito de ser ou não causa da perda

¹⁶⁴ De sua ementa, destaque-se o seguinte trecho: "3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente". Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.999, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008.

¹⁶⁵ “§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

do mandato de senador por um Estado a transferência do domicílio eleitoral para outro.¹⁶⁶

Em resposta à Consulta n.º 1.407, a fim de explicar esta competência, o Ministro Carlos Ayres Britto chegou até a afirmar que, em verdade, a *infidelidade partidária* não se trata de uma hipótese de “perda” de mandato, mas sim de uma “renúncia tática do mandato eletivo, a legitimar, portanto, a reivindicação da vaga pelos partidos”¹⁶⁷. Assim, essa construção, (absurda, uma vez que o “tácito” ainda assim pressupõe uma manifestação de vontade) justificaria o desrespeito ao artigo 55 da Constituição Federal, bem como daria respaldo à nova competência da Justiça Eleitoral julgamentos dos casos de *infidelidade partidária*.

Entretanto, apesar de este raciocínio não ter sobrevivido após o julgamento do Mandado de Segurança n.º 26.603 pelo Supremo Tribunal Federal, esta singular e inconstitucional competência da Justiça Eleitoral se manteve na Resolução n.º 22.610.

Conforme dito anteriormente, a *reserva de lei* trata-se de uma escolha constitucional de certos assuntos que demandam a lei advinda do Parlamento para sua disciplina. O Direito Eleitoral é um deles. Uma vez que trata do exercício dos direitos políticos pelo cidadão e da soberania popular, base do Estado Democrático inaugurado pela Constituição de 1988, sua disciplina exige amplo controle e debate parlamentar, garantida a participação de todos os partidos políticos no processo legislativo¹⁶⁸.

Bem ainda, tendo em vista que é a Justiça Eleitoral que dá a última palavra em matéria eleitoral, nada mais coerente do que definir que sua competência somente possa ser restringida ou ampliada exclusivamente por lei formal, advinda do Parlamento. E é sobre este fundamento que o constituinte se assentou para a

¹⁶⁶ Consulta n.º 706, Resolução n.º 20.864 de 11.09.2001, Relator Min. José Paulo Sepúlveda Pertence, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 01/02/2002, Página 234. Retirado de: <<http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>>.

¹⁶⁷ Consulta n.º 1.407, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Data de Julgamento: 16.10.2007. Retirado de: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/noticias/news/noticia/arquivo/2007/outubro/artigos/plenario-do-tse-decide-que-fidelidade-partidaria-tambem-vale-para-os-cargos-majoritarios/index.html>>.

¹⁶⁸ Eneida Desiree Salgado. *Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral*, p. 299.

elaboração do artigo 121 da Constituição e a exigência, inclusive, do quórum qualificado de Lei Complementar para tanto.

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

Ou seja, ao estabelecer uma única e excepcionalíssima hipótese – a *infidelidade partidária* – de competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de perda de mandato posterior à diplomação, bem como ao distribuir esta competência entre seus órgãos, como faz o artigo 2º, da Resolução n.º 22.610, novamente os ministros do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal inovam em matéria eleitoral e processual por meio de um *ato normativo secundário* – a resolução – em afronta a uma previsão constitucional expressa.

CONCLUSÃO

Ante todas as exposições feitas e polêmicas levantadas no curso do presente trabalho, importante agora retirar algumas considerações finais sobre o estudado e, sobre tais conclusões, levantar os principais aspectos da inconstitucionalidade formal da Resolução n.º 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral.

O princípio da tripartição dos poderes, estruturante de nosso Estado Democrático de Direito, como pensado inicialmente pela doutrina do liberalismo, não mais se mostra suficiente para o atual Estado Social e Intervencionista. Para tanto, a partir da evolução da sociedade capitalista, necessária foi uma profunda revisão e relativização das formulações iniciais de Montesquieu, sendo que hoje encontram-se perfeitamente consolidadas no texto constitucional atribuições de funções típicas e atípicas a cada um dos Poderes da República.

Como reconhecimento de uma *atividade normativa secundária*, a competência regulamentar no ordenamento brasileiro é aquela atribuída constitucionalmente ao Chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos, na busca da fiel execução da lei (art. 84, inciso IV) na condução da máquina administrativa e, tão somente, nos limites por esta traçados, tendo em vista o primado da legalidade, positivado no artigo 5º, II, da Carta Magna. Esta competência abrange tanto os *regulamentos de execução*, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, quanto os *regulamentos do inciso VI, do art. 84*, voltados ao mero arranjo interno da Administração Pública, quando não implicar no aumento de despesas, e à extinção de cargos públicos, quando vagos.

No exercício de uma função administrativa atípica, a Constituição é restrita ao definir quais atos normativos são passíveis de elaboração pelo Poder Judiciário. Assim, reconhece ao Conselho Nacional de Justiça a competência para "*expedir atos regulamentares*" no exercício de suas funções administrativas (artigo 103-B, §4º, inciso I) e à Justiça do Trabalho, por meio de *sentenças normativas* em dissídios coletivos, de estabelecer "normas gerais e abstratas de conduta, de observância

obrigatória para as categorias profissionais e econômicas abrangidas pela decisão" (artigo 114, §2º), limitada pelas convenções e acordos coletivos de trabalho já celebrados entre os particulares, bem como pelas próprias disposições legais mínimas de proteção ao trabalhador. Além disso, como disposto no art. 96, inciso I, alínea "a", compete privativamente aos tribunais elaborar seus *regimentos internos*, voltados à organização dos serviços administrativos dos tribunais e à complementação da legislação processual em diversos aspectos.

De observação obrigatória no ramo do Direito Eleitoral, encontramos os princípios da *legalidade específica* e da *anterioridade da norma eleitoral*. O primeiro demanda que as regras eleitorais só podem ser definidas por meio de lei formal, advinda do debate e da deliberação do Parlamento, não cabendo qualquer disciplina da matéria eleitoral por meio de atos normativos provenientes do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. Já a anterioridade da norma eleitoral, expressa no artigo 16, da Constituição, define que regra que alterar o processo eleitoral só terá eficácia nas eleições ocorridas após o transcurso do período de um ano, a partir da existência válida da norma. Conforme demonstrado, a expressão "processo eleitoral", aqui, deve ser entendida como a mais ampla possível, envolvendo tudo aquilo que se refira à matéria eleitoral.

Como visto acima, apenas foi conferida à Justiça do Trabalho competência normativa e ao Conselho Nacional de Justiça competência regulamentar, sendo guardada à Justiça Eleitoral tão somente a atribuição de elaborar os regimentos internos dos tribunais. Além disso, nos termos do artigo 121, da Constituição de 1988, "lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais". Assim sendo, não há nem como conceber qualquer disciplina da matéria eleitoral que não advenha do debate político do Parlamento, nem como admitir a recepção da Lei n.º 4.737/1965 quanto à previsão de uma competência normativa à Justiça Eleitoral, uma vez que claramente incompatível ao disposto constitucionalmente.

Entretanto, uma vez admitida pela jurisprudência a recepção constitucional do Código Eleitoral naquilo que se refere às atribuições da Justiça Eleitoral, a *competência consultiva* e a *competência normativa* desta se expressariam por meio

das consultas e das resoluções eleitorais, respectivamente. As *consultas eleitorais*, entendidas em seu caráter meramente consultivo e pedagógico, prestam-se, tão somente, ao elucidamento de questões eleitorais, esclarecendo aspectos antecedentes ao pleito eleitoral sem constituir coisa julgada e sem inibir a propositura e o julgamento de feitos que abordem as questões analisadas. As *resoluções eleitorais*, como manifestação da competência administrativa da Justiça Eleitoral, cumprem o papel de operacionalização do Direito Eleitoral, apenas esclarecendo seus conceitos e consolidando a esparsa legislação eleitoral, fixando datas, competências e pormenorizando procedimentos relevantes ao pleito eleitoral, sem desprezar qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos já previstos pela lei eleitoral.

Fruto do entendimento exposto na Consulta n.º 1398 e elaborada de modo a garantir o cumprimento das decisões proferidas nos Mandados de Segurança n.º 26.602, n.º 26.603 e n.º 26.604, a Resolução Eleitoral n.º 22.610/2007 é formalmente inconstitucional em vários aspectos.

Em primeiro lugar, cria uma nova hipótese de perda do mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa, sem qualquer previsão legal ou recepção constitucional. A Carta Magna, em seu artigo 15, proíbe a cassação de direitos políticos, sendo admitida apenas a sua perda ou suspensão nas estritas hipóteses ali previstas; em seu artigo 14, § 9º, faz reserva somente a lei complementar para o estabelecimento de outros casos de inelegibilidade; e em seu artigo 55, inciso V, estabelece que Deputados e Senadores perderão os mandatos quando assim for decretado pela Justiça Eleitoral, “nos casos previstos nesta Constituição”. Ou seja, a partir de uma presunção de que o eleitor vota no partido, e não no candidato, o Tribunal Superior Eleitoral criou uma hipótese de literal “cassação” de direitos políticos, afrontando diretamente a “reserva de lei” do Parlamento.

Em segundo lugar, a Resolução n.º 22.610 cria dois novos procedimentos eleitorais: a "Ação de Decretação de Perda de Cargo Eletivo por Desfiliação sem Justa Causa" e a "Ação de Justificação de Abandono de Sigla", afrontando a tripartição de poderes e a repartição de competências estabelecida constitucionalmente, uma vez que legislar sobre Direito Processual é atribuição da

União (artigo 22, inciso I). Além disso, como demonstrado, tais procedimentos desrespeitam claramente o princípio da ampla defesa, ao definir restritas hipóteses de justa causa para a desfiliação partidária, limitar o número de testemunhas de defesa e estabelecer um prazo de encerramento dos procedimentos previstos, e inverte indevidamente o ônus da prova, partindo da presunção de que toda mudança de legenda é infundada e impondo ao parlamentar que comprove a justa causa a impedir a perda do mandato.

Por fim, a Resolução n.º 22.610 afronta diretamente a reserva a lei complementar feita pelo artigo 121, da Constituição Federal, primeiro, ao adotar, em seu artigo 2º, um critério próprio de fixação de competência nos dois procedimentos criados e, segundo, ao estabelecer uma hipótese inédita de perda do mandato parlamentar a ser decidida pela Justiça Eleitoral, uma vez que, até então considerado tema pertinente ao direito constitucional, federal ou estadual, estranha às eleições, a perda do mandato parlamentar decorrente de atos em seu exercício era julgada pela Justiça Comum.

Todos estes descumprimentos ao texto constitucional talvez possam ser reduzidos ao entendimento deturpado que o Tribunal Superior Eleitoral expressou quanto à *fidelidade partidária*. Deve este instituto ser entendido inteligentemente, dentro do contexto democrático traçado pela Constituição de 1988, como um instrumento voltado à manutenção da coesão partidária e da correspondência entre a atuação parlamentar e o respeito às diretrizes de cada partido, não podendo esta *fidelidade* retirar do mandatário sua liberdade de consciência e convicção por meio de uma atuação parlamentar cegamente vinculada às deliberações das cúpulas partidárias.

De certa forma, a Justiça Eleitoral cumpre seu papel em coibir os abusos de poder e o descumprimento reiterado da legislação eleitoral no andamento de cada pleito. Entretanto, percebe-se que o Tribunal Superior Eleitoral, com o respaldo do Supremo Tribunal Federal, constantemente busca uma “moralização” da política por meio de suas “minirreformas eleitorais” (sendo a Resolução n.º 22.610 apenas um exemplo), retirando do Poder Legislativo assuntos cuja disciplina deveria ser obrigatoriamente submetida ao amplo debate político e ideológico do Parlamento.

Assim, cedendo a pressões de certos setores sociais, a Justiça Eleitoral acaba por violar claramente as instituições da legalidade e da tripartição de poderes estruturantes de nossa ordem democrática constitucional.

Como dito anteriormente, ao promover uma judicialização constante do jogo político, o Tribunal Superior Eleitoral retira do eleitor seu papel de maior fiscalizador da democracia. A mais apropriada conclusão à qual o Supremo Tribunal Federal deveria ter chegado seria a de que o mandato parlamentar não pertence ao partido, muito menos ao candidato, mas sim ao povo que elegeu seus representantes democraticamente (“todo o poder emana do povo”). Não cabe ao Judiciário o papel de punir as mudanças injustificadas de partido, sacrificando a Constituição no caminho, mas sim ao eleitorado, às urnas, ainda o meio mais legítimo de expressar o desagravo popular e mais severo de castigar os mandatários infiéis em um regime que pretende ser plenamente democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHARDT, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 54, p. 25-60, maio 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

_____. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Bauru: EDIPRO, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária & perda de mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

_____. *Fidelidade partidária: Impeachment e Justiça Eleitoral (estudo de caso)*. Curitiba: Juruá, 1998.

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

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

FERNANDEZ, Fernando. *Fidelidade partidária no Brasil: Análise sob a óptica da política jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FLÔRES, Ana Eloíse de Carvalho ; FERNANDES, Rosana Spiller Fernandes. Poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. *Resenha Eleitoral : Nova Série*. Florianópolis : Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, 1994.

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

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

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

MALACHINI, Edson Ribas. A Constituição Federal e a Legislação Concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

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

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3ª ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOTA, Aroldo. *O Direito Eleitoral na Constituição de 1988*. Fortaleza: Stylus, 1989.

PIMENTA, Fernando Gurgel. *Guia prático da fidelidade partidária à luz da resolução 22.610/07*. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

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

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

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

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

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Curitiba, 2010, 356 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

_____. *Lei da Ficha Limpa e suas implicações constitucionais*. Palestra no I Simpósio Jurídico dos Campos Gerais do Centro Acadêmico Carvalho Santos – UEPG, Ponta Grossa, 27 set. 2010.

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

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

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

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

_____; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva