

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

ADRIANA CAMPOS SILVA

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Campos Silva, Armando Albuquerque de Oliveira, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-141-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos políticos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Teorias da Democracia e Direitos Políticos I, resultado da seleção de artigos para o Grupo de Trabalho homônimo que constou da programação do XXIV CONGRESSO DO CONPEDI, ocorrido na cidade de Belo Horizonte, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015.

A democracia como regime de governo remonta ao século V a.C. Contudo, existem muitas nuances que distinguem as suas primeiras configurações daquelas que ressurgem nas democracias modernas e, principalmente, nas contemporâneas. Destarte, a democracia se apresenta de várias formas em diferentes lugares e em momentos diversos.

Após a terceira onda de expansão global da democracia ocorrida no último quarto do século XX, os diversos processos de transição democrática tiveram um comportamento sinuoso em direção à sua consolidação. Em vários países da América Latina e do leste europeu, os processos de transição e consolidação da democracia ocorreram diversamente. Tanto nos primeiros, resultantes de um processo de esgotamento das ditaduras militares que se instauraram nos anos 60 e 70, quanto nos últimos, oriundos da débâcle comunista iniciada nos anos 80.

O Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos I contou com a apresentação de 29 artigos que passam agora a constituir este livro. São artigos que tratam, de forma crítica, as mais variadas questões relativas à democracia bem como àquelas concernentes às garantias e expansão dos direitos políticos.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr Armando Albuquerque de Oliveira

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Adriana Campos Silva

**O PODER NORMATIVO-REGULAMENTAR DO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL E A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA EM DWORKIN**
**THE ELECTORAL SUPREME COURTS NORMATIV-REGULATORY POWER
AND THE ARGUMENTATIV REPRESENTATION IN DWORKIN**

Ana Luisa de Navarro Moreira

Resumo

A Justiça Eleitoral é considerada a principal responsável pela lisura e integridade do processo político eleitoral. Nesse sentido, compete principalmente ao TSE no exercício de sua função jurisdicional processar e julgar demandas que envolvam especificamente a violação e garantia dos direitos políticos dos cidadãos. Ocorre que no cenário jurídico brasileiro consolida-se cada vez mais o exercício de seu poder normativo-regulamentar na emissão de Resoluções. O presente artigo, então, problematiza a legitimidade do exercício desse poder e a natureza jurídica dessas Resoluções emitidas com fundamento nesse poder. A partir da abordagem dogmática das questões eleitorais que perpassam essa reflexão, realizada na primeira parte, são analisados os pressupostos teóricos da teoria do direito como integridade (law as integrity) de Ronald Dworkin na segunda parte. Relacionando-se a primeira parte com a segunda parte, propõe-se conectar a concepção de representação argumentativa das decisões do poder judiciário como fundamento de legitimidade democrática para a emissão de Resoluções quando do exercício do poder normativo-regulamentar do TSE.

Palavras-chave: Direitos políticos, Poder normativo-regulamentar, Legitimidade democrática das resoluções, Representação argumentativa

Abstract/Resumen/Résumé

The Electoral Justice is considered primarily responsible for the fairness and integrity of the electoral political process. In this sense, it is chiefly the TSE, the Brazilian Supreme Electoral Court, in the exercise of its judicial function, prosecute and judge demands that specifically involve violation of political rights. It turns out that the Brazilian legal scenario progressively consolidates the exercise of TSEs normative-regulatory power in issuing its resolutions. This article then discusses the legitimacy of this exercise of power and the legal nature of these resolutions, issued based on that power. From the dogmatic approach of election issues that underlies this reflection, raised in the first part of this paper, the theoretical assumptions of Ronald Dworkin's theory of Law as Integrity are following analyzed. Linking these two parts, its intended here to connect the design of argumentative representation of judiciary decisions as the foundation of democratic legitimacy for issuing resolutions upon the exercise of TSEs normative-regulatory power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Political rights, Normative-regulatory power, Democratic legitimacy of resolutions, Argumentative representation

I. INTRODUÇÃO METODOLÓGICA

A Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário, é considerada a principal responsável pela lisura e integridade do processo político eleitoral e proteção dos direitos políticos de todo e qualquer cidadão brasileiro. Desde sua criação, em 1932, considera-se autorizada a exercer o controle de legitimidade dos atos que envolvem as eleições (ANDRADE NETO, 2010, p. 172), de modo que o processo legislativo democrático seja resguardado.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), órgão máximo da justiça eleitoral, tem sido visto, nesse sentido, como o guardião do sistema eleitoral. Como o sistema eleitoral representa o conjunto de normas que consubstancia as eleições, que garante os direitos de representação do povo e preserva a democracia (SILVA, 2008, p. 368), o TSE estaria diretamente ligado à proteção do próprio Estado democrático de Direito.

No entanto, ao contrário do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a competência da Justiça Eleitoral, especificamente do TSE, não se encontra expressamente arrolada em dispositivo constitucional. O art. 121 da Constituição da República remete à lei complementar a regulamentação de suas normas.

Tal regulamentação é realizada, principalmente, pelo Código Eleitoral, Lei n. 4.737/1965, que apesar de ser lei ordinária, foi recepcionada pela Constituição como Lei complementar (GOMES, 2011, p. 60).

Dispõe o Código Eleitoral que a competência do TSE, assim como os demais tribunais integrantes do poder judiciário, é de processar e julgar demandas que envolvam especificamente direitos políticos, ou seja, sua função principal, também, é a função jurisdicional.

Ocorre que no cenário jurídico brasileiro presenciamos um forte exercício do que se consolidou denominar de *função normativa-regulamentar do TSE*, no sentido de que cresce constantemente a emissão de Resoluções por parte desse Tribunal que abordam determinações sobre as eleições. Sua atuação, então, não se cinge mais a solução dos conflitos relativos ao pleito eleitoral, uma vez que tem atuado, fortemente, na edição de atos tipicamente normativos (COSTA, 2002, p. 318).

Tal função normativa-regulamentar é objeto de análise e questionamento no presente artigo, de modo que sua legitimidade será problematizada.

Dessa forma, o presente artigo discorre sobre a legitimidade do exercício desse poder e a natureza jurídica das Resoluções emitidas com fundamento nesse poder. A partir da abordagem dogmática das questões eleitorais que perpassam essa reflexão, realizada na primeira parte, serão analisados os pressupostos teóricos da teoria do direito como integridade (*law as integrity*) de Ronald Dworkin na segunda parte. Relacionando-se a primeira parte com a segunda parte, propõe-se conectar a concepção de representação argumentativa das decisões do poder judiciário como fundamento de legitimidade democrática para a emissão de Resoluções quando do exercício do poder normativo-regulamentar do TSE.

Por fim, informamos que, enquanto determinados autores utilizam-se do termo *atribuição regulamentar* (GASPARINI, 1982, p. 17/20), outros preferem utilizar a expressão *competência regulamentar*, a fim de conectá-la diretamente à ideia de dever e de consequências para casos de descumprimento (MELLO, 2011, p. 45/48). No presente artigo, por outro lado, optou-se pela denominação *poder normativo-regulamentar* para que seja este contraposto ao *poder estritamente normativo* exercido pelo poder legislativo.

II. O PODER NORMATIVO-REGULAMENTAR DO TSE QUANDO DA EMISSÃO DE RESOLUÇÕES

O poder normativo-regulamentar fundamenta-se em norma infraconstitucional (COSTA, 1998, p. 24), especificamente três delas. Disciplinam o parágrafo único do artigo 1º e o inciso IX do artigo 23º, ambos do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) e artigo 105º da Lei 9.504/1997 (que trata das eleições) o seguinte:

Art. 1º. 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.

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.

O poder normativo-regulamentar poderia ser subdividido em normativo-regulamentar-*funcional*, quando os Tribunais elaboram seus regimentos internos e em normativo-regulamentar-*eleitoral estrito senso*, quando determina medidas referentes às eleições. No que diz respeito ao poder normativo-eleitoral estrito senso, pode este ser, ainda, *consultivo* ou *instrutivo*, quando da emissão de consultas ou quando da emissão de resoluções, estas últimas reconhecidas como atos normativos de caráter genérico sobre normas eleitorais (PAULA FILHO, 1998, p. 36-37).

O poder normativo-regulamentar-*eleitoral instrutivo* do TSE se consolida na emissão de Resoluções que envolvem diretamente direitos políticos dos cidadãos, tais como registro de candidatos, propaganda eleitoral, votação, (RAMAYANA, 2004, p. 60/61), ou ainda matérias que tratam:

“do calendário eleitoral; de pesquisas eleitorais; da arrecadação, aplicação e prestação de contas de recursos financeiros nas campanhas eleitorais; das convenções partidárias e registro de candidatura; da propaganda eleitoral e condutas vedadas ao agentes públicos; dos atos preparatórios; da recepção e fiscalização dos votos e garantias eleitorais; da proclamação dos resultados e diplomação dos eleitos; das reclamações e representações relativas ao descumprimento da Lei Eleitoral, dentre outras” (LACERDA, CARNEIRO, SILVA, 2004, p. 49)

As Resoluções, então, constituem a forma pela qual a justiça eleitoral, por meio do TSE, emite suas instruções e demais deliberações (GOMES, 2011, p. 63) no exercício do seu poder normativo-regulamentar-*eleitoral instrutivo*, de modo que percebemos que várias são as matérias que aquelas podem abordar.

Constitucionalmente o poder regulamentar no que se refere ao âmbito das leis federais é de competência do Chefe do Poder Executivo, Presidente da República, conforme dispõe o art. 84, inciso IV, da Constituição da República de 1988:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**”.

No entanto, essa competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo se encontra completamente vinculada à *fiel execução das leis*¹. Dessa forma, não se trata de uma

¹ Destacamos que entende Leal que o Presidente da República também poderia regulamentar matéria eleitoral, uma vez que seu poder abrangeria todas as leis (LEAL, 1960, p. 216).

competência regulamentar normativa tipicamente legislativa, sendo a sua real finalidade “facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir em sua aplicação” (MORAES, 2004, p. 437), ou seja, não poderia ser ato normativo propriamente dito².

Nesse sentido, não deveria, também, ser o poder regulamentar do TSE unicamente de fiel execução à lei para fins do exercício da atividade regulamentar?

Os limites à emissão das Resoluções são temporal, formal e material. O limite temporal se relaciona ao fato de que as Resoluções devem ser editadas até o dia 05 de março do ano eleitoral, conforme determinação do art. 105 da Lei n. 9.504/97, sendo esta data um termo ad quem (CÂNDIDO, 2003, p. 55). O limite formal exige que o modo de realização das Resoluções seja por instrução (SILVA, LACERDA e 12 CARNEIRO, 2004, p. 81). Por fim, o limite material se relaciona ao âmbito normativo da resolução que não pode extrapolar as normas e princípios constitucionais já estabelecidos, sendo que o STF, no âmbito da limitação material, determinou a aplicabilidade do princípio da razoabilidade como vetor interpretativo para a constatação de violação ao limite material quando da emissão de Resoluções (ADI n. 1.407-2).

Assim, apesar de autores entenderem que a atividade do TSE constitui uma atividade eminentemente regulamentar (NOBRE JÚNIOR, 2000, p. 35) exercida dentro desses limites, a prática eleitoral brasileira demonstra que a emissão de determinadas Resoluções tem ultrapassado a fiel execução da lei, criando inclusive restrições a direitos políticos não previstas anteriormente pela Constituição³.

Nesse sentido, parte da doutrina, entende que TSE, em diversas Resoluções tem violado o exercício do seu poder normativo-regulamentar, emitindo Resoluções que apresentam em geral nítido conteúdo legislativo, às vezes mesmo até alterando textos de leis (COSTA, 2000, p. 37), de forma que tanto o TSE e, ainda, o STF – a pretexto de regulamentar eleições — estão, em muitos casos, substituindo, indevidamente, o Congresso Nacional (ALMEIDA NETO, 2014).

² O ato normativo propriamente dito como demonstraremos constitui ato normativo primário.

³ Como, por exemplo, a Resolução do TSE de n. 22.610/2007, em que foi objeto de discussão a sanção de perda de mandato eletivo quando cometida infidelidade partidária. Apesar do STF ter declarado constitucional por maioria de votos a emissão dessa resolução, ainda se discute doutrinariamente a legitimidade do exercício do poder normativo-regulamentar.

Para entendermos se essa atividade é eminentemente regulamentar, refletiremos primeiro sobre o seguinte questionamento: qual a natureza jurídica dos atos emitidos no exercício dessa função normativa-regulamentar do TSE? Ou seja, qual a natureza jurídica das Resoluções?

III. QUESTIONANDO-SE A NATUREZA JURÍDICA DAS RESOLUÇÕES EMITIDAS PELO TSE

O reconhecimento da função normativa-regulamentar para além da simples função de fiel execução à lei está diretamente relacionado ao reconhecimento da natureza jurídica das Resoluções como *ato-regra*, no sentido de que são dotadas de força de lei e gozam da mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis (GOMES, 2011, p. 63).

Quando se reconhece às Resoluções *força normativa cogente*, como se lei ordinária fosse, estas são reconhecidas como *fontes diretas* do Direito Eleitoral (CANDIDO, 2004, p. 22) e integram desse modo, no mesmo status das demais normas, o sistema jurídico eleitoral (GOMES, 1998, p. 174).

A fim de identificarmos se as Resoluções realmente podem ser reconhecidas como dotadas de força de lei no mesmo status das demais normas e a legitimidade de sua emissão, partiremos da seguinte critério, que se fundamenta na distinção da natureza normativa das Resoluções entre atos normativos primários e atos normativos secundários.

Quando as Resoluções *criam, modificam ou extinguem* direitos e obrigações de forma geral e abstrata constituem *atos normativos primários*, caso sejam expedidas apenas para consolidar uma interpretação sobre determinada norma, são meramente acessórias, de fiel execução da lei e, assim, constituem *atos normativos secundários* (CERQUEIRA, 2004, p. 1396-1398).

Outra classificação utilizada pela doutrina é a proposta por Almeida Neto. O autor identifica quatro tipos de Resoluções, a) normativas, b) regulamentares, c) contenciosas-administrativas e d) de consultas, sendo que “todas com o objetivo comum de organizar, regulamentar e executar as eleições” (ALMEIDA NETO, 2010, p. 97).

Apesar da classificação de Almeida Neto ser mais descritiva, partiremos da distinção proposta por Cerqueira que foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Vejamos.

O STF primeiramente consolidou o entendimento de que as Resoluções são atos normativos passíveis de controle de constitucionalidade:

“A resolução impugnada é ato normativo federal, pois estabelece reajuste de vencimentos de todos os servidos do TSE. Pode, **pois, ser impugnada em Ação direta de inconstitucionalidade**, nos termos do art. 102, I, “a”, da CF. (STF, ADI, n. 696/DF, inconstitucionalidade da Resolução de n. 17.690/1991)⁴

“O ato proíbe a utilização de simuladores de urnas eletrônicas. Atinge todos os eleitores daquele estado. **Resta caracterizado o seu caráter de ato normativo autônomo, passível de controle normativo abstrato de constitucionalidade** (STF, ADI n. 2.265/RR, inconstitucionalidade da Instrução de n. 01/2000 do TRE do Estado de Roraima)

Mas em que sentido seriam atos normativos? Quaisquer atos normativos podem ser passíveis de controle de constitucionalidade?

O STF, posteriormente, esclareceu que somente seriam passíveis de controle as Resoluções que fossem *atos normativos primários*. Quando forem, então, *atos normativos secundários*, ao contrário, não poderão ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, conforme disposto na ADI n. 2.626-7/DF, de análise de inconstitucionalidade da Resolução de n. 20.993/2002. Consolidou o Supremo o posicionamento de que:

“Há um ato normativo inicial, originário, que é a Constituição. Seguem-se os derivados, que são as emendas constitucionais, e, numa Federação, também as Constituições dos Estados-membros. Após a pirâmide legislativa, em cujo ápice se encontra a Constituição, os atos normativos primários, decorrentes diretamente da Constituição, e os secundários, que dela não decorrem, mas sim do ato normativo primário” (ADI n. 2.626-7/DF).

Nesse sentido, além de os atos normativos primários serem autônomos, não se encontram materialmente vinculados a outra norma (CABRAL, 2009, p. 22) e decorrem diretamente da Constituição. Portanto, podem criar, modificar e extinguir direitos e obrigações de forma geral e abstrata. Por outro lado, os atos normativos secundários são aqueles que têm uma ligação com outras normas e decorrem dos atos normativos primários,

⁴ Outros julgados em que o STF exerce controle de constitucionalidade sobre resoluções emanadas pelo TSE são a ADI n. 2.265/RR, Ministro Marco Aurélio, DJ 07.12.2000 e a ADI n. 2.280/RS, Ministro Moreira Alves, DJ 15.12.2000.

ou seja, são acessórios, “caracterizando-se, portanto, como ato normativo de natureza interpretativa ou regulamentar” (CABRAL, 2009, p. 22).

Assim, nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade, o STF argumentou que a Resolução objeto da ação apenas interpretava o art. 6º da Lei 9.504/97, de modo que, acatando a distinção supracitada julgou que a Resolução emitida não extrapolava a competência do TSE no exercício do seu poder regulamentar, classificando-a como ato normativo secundário; e como ato normativo secundário, teria como finalidade apenas “dirimir eventuais dúvidas em aplicação das leis citadas e estabelecer critérios para os procedimentos adotados em cada região” (CERQUEIRA, 2004, p. 142).

Em conformidade ao entendimento do STF, o próprio TSE e os Tribunais Regionais Eleitorais reconheceram às Resoluções essa possibilidade de sua natureza jurídica ser a de um ato normativo primário, uma vez que lhes foi reconhecida força de lei ordinária (CASTRO, 2004, p.48):

As resoluções do TSE, facultadas nos art. 12, d e t, e 196, do Código, **tem força de lei geral** e a ofensa a sua letra expressa motiva recurso especial, nos termos do art. 167 do Código (TSE, RESPE n. 1.943 Iráí/RS, Ministro Pedro Paulo Pena. Sessão de 15.03.2001).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES DIVULGAÇÃO. (...) A Resolução-TSE nº 21.576/2003 **possui força normativa, autorizada pelo Código Eleitoral em seu art. 23, incisos IX e XVIII** (AgRgREspe nº 24.830/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ de 18.2.2005). 4. O agravo regimental deve invalidar os fundamentos da decisão agravada. 5. Agravo regimental não provido. (TSE - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO AAG 6759 MG (TSE), Data de publicação: 01/08/2006).

RECURSO ELEITORAL - Prestação de contas relativas às eleições de 2012 - desaprovadas - (...). 4. **As resoluções editadas pelo tribunal superior eleitoral possuem força normativa e decorrem do exercício da competência atribuída pelo art. 23, ix, do código eleitoral, não havendo que se falar, portanto, em ofensa ao princípio da reserva legal.** PRECEDENTES DO TSE. (TRE-SP - RECURSO RE 41411 SP (TRE-SP), Data de publicação: 11/07/2014).

Apesar de consolidado jurisprudencialmente um verdadeiro poder normativo às Resoluções que ultrapassa o exercício do que constitui função regulamentar, ainda existe desacordo teórico sobre a sua legitimidade. Nesse sentido, relevante destacar a posição de Desiree que defende não ser legítima sequer a emissão de Resoluções, independentemente de sua natureza:

“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**” (DESIREE, 2010)

O ponto que se questiona é serem as Resoluções reconhecidas como atos normativos primários no sentido de possibilitarem a criação, modificação ou extinção de obrigações e direitos, não previstos constitucionalmente, de forma geral e abstrata, como se lei fossem, de modo que, então, o TSE estaria legislando, e não somente regulamentando os meios concretos para a fiel execução da lei no que diz respeito aos direitos políticos e ao pleito eleitoral. Inclusive, destaca Almeida Neto que seria esta uma competência normativa caracterizada como extraordinária:

“a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral implementada a partir do advento da Resolução TSE nº 23.308/2010 marca um **aprimoramento na manifestação do poder normativo da Justiça Eleitoral** por restringir o uso e proteger a essência do título “resolução” apenas às hipóteses em que o Tribunal **exerça, de forma mais precisa, essa competência normativa extraordinária**. (ALMEIDA NETO, 2010, p. 103).

Mas, apesar de posicionamentos contrários, percebemos que se consolidou na prática jurisprudencial eleitoral brasileira o reconhecimento dessa natureza jurídica dúplice das Resoluções eleitorais, podendo, então, serem reconhecidas tanto como atos normativos primários, quando “normatizam situação não-reguladas pela norma legal eleitoral” (BARROS, 2008, p. 17) quanto atos normativos secundários.

IV. O DIREITO COMO INTEGRIDADE E A REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DA DECISÃO JUDICIAL E SUA APLICAÇÃO ÀS RESOLUÇÕES

Após abordarmos as questões dogmáticas-eleitorais que perpassam a reflexão sobre o reconhecimento da força normativa das Resoluções emitidas pelo TSE, analisaremos a teoria do direito como integridade (*law as integrity*) proposta por Ronald Dworkin para conectar a concepção de representação argumentativa das decisões do poder judiciário como fundamento de legitimidade para a emissão das Resoluções quando do exercício do poder normativo-regulamentar.

A teoria constitucional problematiza constantemente o poder que os juízes têm atraído para si quando criam normas no julgamento de casos, o que se problematiza ainda mais na situação abordada em que os juízes emitem Resoluções com força normativa cogente.

O TSE quando da emissão de Resoluções usurpa poder normativo do legislativo? Estariam os juízes eleitorais legislando? A competência para legislar sobre matéria de direito eleitoral e questões afetas à cidadania é exclusiva da União, conforme previsto constitucionalmente no artigo 22º:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;

Primeiro ponto a se pensar inicialmente é que o processo de emissão de uma Resolução é completamente distinto do processo legislativo democrático de emissão de uma norma, tanto em termos de procedimento quanto em termos de legitimidade. A emissão de uma Resolução resulta de uma decisão do Poder Judiciário, pelo TSE, em tese, sem legitimidade democrática, por não serem os juízes eleitorais eleitos pelo sistema de representação política.

A instituição do sistema representativo eleitoral consolidou a representação política do povo no poder legislativo, o qual seria de fato responsável no sentido defendido pela teoria democrática (DWORKIN, 2010, p. 146). O povo no seu livre exercício de escolha seleciona indivíduos que se tornarão representantes daqueles que os escolheram. Os representantes se tornam porta-voz de seus representados (SIEYÈS, 1986. p.134), e, assim, a decisão política se revestiria de legitimidade. No entanto, juízes não são eleitos, de modo que precisariam justificar a sua legitimidade democrática de outra forma.

Qual seria, então, o fundamento que legitima democraticamente a decisão judicial? A argumentação.

A decisão judicial, portanto, não possui outro fundamento de legitimidade democrática que não seja o de sua fundamentação racional, uma argumentação específica que é aquela pautada exclusivamente em argumentos de princípio⁵.

Destaca Dworkin que “o único fundamento de sua legitimidade – o único fundamento – é a disciplina do argumento” (DWORKIN, 2002, p. 54), ou seja, somente pelo

⁵ O ordenamento jurídico não é composto somente de regras, mas, também, por princípios, os quais são normas dotadas do mesmo *status* de exigibilidade normativa que as regras.

discurso do “bom argumento de princípio” (MENDES, 2008a, p. 44), que a decisão judicial poderia se revestir de legitimidade e autoridade.

Nesse sentido, nos adverte, ainda, que “devemos abandonar a busca inútil por restrições mecânicas ou semânticas e procurar restrições genuínas no único lugar onde podem ser encontradas: na boa argumentação” (DWORKIN, 2009, p. 202).

A legitimidade democrática da decisão judicial, dessa forma, assentar-se-ia na sua representação argumentativa. Mas, poderia esse mesmo argumento ser aplicado para reconhecer a legitimidade da emissão de Resoluções pelo TSE?

O sistema eleitoral é dinâmico, sendo que grande parte das mudanças sofridas pelo direito eleitoral ocorreram predominantemente por meio das Resoluções (LACERDA, 2004, p. 28). Assim, as Resoluções são vistas como instrumentos que concedem vida à aplicabilidade do direito eleitoral, de modo que não se restringiriam à regulamentação de matérias eleitorais, mas, ao contrário dinamizariam a sua interpretação. Explicita o próprio TSE que compete a ele mesmo “não apenas regulamentar a lei, como emprestar-lhe o sentido que a compatibilize com o sistema no qual se insere” (TSE, Re. n. 12.867). Nesse sentido, estariam

“os juízes **realizando o prodígio de levar o Direito a progredir** sem precisar de alterarem-se-lhe os textos (...) o que Ihering chamou, em momento de inspiração, **jurisprudência da vida cotidiana**. Renovando a lei, ambos, juiz e povo, elaboram normas para as situações emergenciais e preparam o Direito do futuro (VASCONCELOS, 2006, p. 200)

A jurisprudência da vida cotidiana do direito eleitoral se manifestaria, então, pelas Resoluções, as quais também se legitimariam democraticamente pela representação argumentativa de fundamento no direito como integridade.

A teoria da integridade exige dos juízes uma postura diferenciada quando da emissão da decisão judicial de modo que seja preservada a sua representação argumentativa, integridade que estamos expandindo como exigência para a emissão de Resoluções no âmbito do direito eleitoral.

A partir do direito como integridade a norma e de igual modo a Resolução deve ser vista como coerente dentro da completude do ordenamento jurídico, de modo que os juízes devem interpretar esse ordenamento como se cada uma das normas e cada uma das Resoluções respeitasse um conjunto coerente de princípios (DWORKIN, 2007, p. 213). Destaca:

“O princípio da integridade na deliberação judicial instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, partindo do pressuposto de que foram criados por um único autor – a comunidade personificada expressando **um sistema único e coerente de justiça e equidade**” (DWORKIN, 2007, p. 271 e 272).

O direito que preserva a integridade é, dessa forma, apto a “sinalizar e nortear a aplicação dos princípios em face de cada caso concreto, que deve sempre ser tratado como um evento único e irrepetível” (FERNANDES, 2010, p. 90). A integridade, que é uma virtude que se apresenta ao lado da justiça (*justice*) e da equidade (*fairness*), deve direcionar toda e qualquer interpretação do direito, uma vez que somente por ela se é possível chegar à melhor interpretação em um determinado momento histórico. (DWORKIN, 2007, p. 203) e, desse modo, resguardar a legitimidade pela representação argumentativa.

A partir, então, da diferenciação entre argumentos de princípio e argumentos de política, defende o autor a existência de um fórum qualificado para as questões de princípio, que se fundamenta no princípio da igual consideração e respeito por cada um dos cidadãos, de modo que “os cidadãos sejam tratados como pessoas livres, dignas e responsáveis”. (GOMES, 2011, p. 20).

“O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões sejam tomadas por instituições políticas cujas estrutura, composição e modo de operação **dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e respeito**” (DWORKIN, 2006, p. 26)

O discurso da decisão judicial, portanto, somente pode se revestir de legitimidade democrática pelo discurso do bom argumento de princípio.

Assim, ambas as instituições, judiciário e legislativo, seriam legítimas democraticamente, mas de formas substancialmente distintas. A partir do momento em que a representação, além de política, seria também argumentativa (ALEXY, 2005, p. 578), com fundamento no princípio de igual consideração e respeito, estaria legitimada a decisão judicial e legitimada a emissão de Resoluções.

Dessa forma, a integridade na deliberação judicial preserva a representação argumentativa que legitima democraticamente a decisão e, no caso que se propõe, fundamenta a legitimidade da emissão de Resoluções, que, ainda, conforme disciplina o artigo 105 da Lei 9.504/1997, preserva em seu procedimento a participação em audiência pública dos delegados e representantes dos partidos políticos.

V. CONCLUSÃO

Consolidados os pressupostos teóricos do direito como integridade e da legitimidade democrática pela representação argumentativa conclui-se que o poder normativo-regulamentar do TSE não legitima a emissão de Resoluções *contra legem*⁶. Ao contrário, a força normativa da Resolução somente é reconhecida caso o poder normativo-regulamentar tenha sido exercido *secundum legem* (RAMAYANA, 2004, p. 60/61), com fundamento no discurso do bom argumento de princípio.

O ponto principal que se defende, portanto, é que o poder normativo-regulamentar do TSE é legítimo somente se for preservada a integridade da decisão da emissão da Resolução, de modo que a representação argumentativa constitui o fundamento de sua legitimidade. Somente nesse caso serão dotadas de força normativa cogente.

Dessa forma, não pode o TSE legislar sobre matéria eleitoral de forma irrestrita, deve aplicar o direito dentro dos limites permitidos constitucionalmente pela argumentação de princípio, não violando "a integridade de qualquer direito ou garantia fundamental do cidadão, nem diminuir ou aumentar os limites dos direitos subjetivos constituídos pela lei eleitoral" (DELGADO, p. 114),

O Direito eleitoral é ramo do direito público que regulamenta as normas que disciplinam e protegem os direitos políticos, de modo a proteger, ainda, a “democracia, a legitimidade do acesso e do exercício do poder estatal, a representatividade do eleito, a sinceridade das eleições, a normalidade do pleito e a igualdade entre os concorrentes” (GOMES, 2011, p. 20). Dessa forma, a proteção da democracia, não pode legitimar uma usurpação do poder normativo do legislativo no exercício de uma função regulamentar, uma vez que “o Direito Eleitoral é justificado pelo próprio regime democrático” (GOMES, 2011, p. 20)

O poder normativo-regulamentar não deve, portanto, caracterizar uma atividade normativa propriamente dita, sob pena de violação às garantias constitucionais que impõem limites ao seu exercício, com subsequente reconhecimento de sua ilegitimidade democrática caso sejam estas violadas.

⁶ Inclusive, no mesmo sentido o poder-regulamentar do Chefe do Poder Executivo não pode ser *contra legem*.

A norma e a Resolução consubstanciam “momentos distintos e inconfundíveis da atividade normativa do Estado” (ROSAS, 1971, p. 253), de modo que não se confundem. São autonomamente legítimos quando respeitam os fundamentos que legitimam sua emissão, o primeiro com fundamento na representação política e segundo com fundamento na representação argumentativa.

Assim, a Resolução não pode ser reconhecida como dotada de força normativa caso o TSE não fundamente sua decisão em argumentos de princípio, como no caso em que cria situação jurídica não prevista em lei complementar, restritiva do *status activus* (ESPÍNDOLA, 2012, p. 5), ou seja, o TSE deve sempre respeitar os “princípios constitucionais e legais, que revestem a nobreza de direitos e garantias do cidadão” (VASCONCELOS, 2006, p. 199).

Nesse ponto, acredita-se que Dworkin contribuiu ao aduzir que as decisões, inclusive as Resoluções, devem respeitar princípios e serem legitimadas pela representação argumentativa. A dimensão dos aplicadores, quando da emissão das Resoluções, é fundamental (CARVALHO NETTO, 2003, p. 101/102), mas sempre devem ser estas pautadas em argumentos de princípio não violando os direitos e garantias fundamentais. Afinal, são os juízes quem devem “decidir o que é direito interpretando” (DWORKIN, Ronald. 2007, p.488), e essa interpretação por meio das Resoluções será legítima democraticamente quando a emissão da Resolução respeitar o direito como integridade, a partir de uma prática interpretativa coerente e constitucionalmente adequada do direito. Caso contrário, a Resolução deverá ser objeto de controle com o devido reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**: Vol. 3, n. 4, 2005.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Reflexões sobre a nova tipologia das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. In: **Estudos Eleitorais. TSE**. Volume 5, Número 2, maio/ago. 2010, p. 92-105.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito Eleitoral Regulador**. 2014.

ANDRADE NETO, João. **O positivismo jurídico e a legitimidade dos juízos eleitorais: a insuficiência da resposta juspositivista à questão da judicialização da política**. 2010.

BARROS, Francisco Dirceu. **Resumo de Direito Eleitoral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CABRAL, Francisco. **Controle de constitucionalidade**. Salto, SP. Editora Shoba. 2009.

CANDIDO, Joel. **Direito eleitoral brasileiro**. 11ª Ed. São Paulo: Edipro, 2004.

CÂNDIDO, Joel José. **Inelegibilidades no Direito Eleitoral brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 88, p. 101/102, dez. 2003.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Malheiros, 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Direito eleitoral: legislação, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.24

COSTA, Tito. **Recursos em Matéria Eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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.

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

DWORKIN, A **Badly Flawed Election**. New York: New Press. 2002a.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton U. Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2ª Ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Os excessos do TSE no uso de seu poder regulamentar**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-11/ruy-samuel-espindola-abuso-poder-regulamentar-tse>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

- FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org). **Interpretação constitucional - Reflexões sobre (a nova) hermenêutica**. Salvador: Juspodivm, 2010.
- GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7 Ed. São Paulo, Atlas, 2011.
- 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, p. 57-91.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008a.
- MELLO, Vanessa Vieira de. **Regime jurídico da competência regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Justiça Eleitoral: organização e competência. **Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral**, v. 14, n. 46, abr./jun. 2000.
- RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. Série Jurídica. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- ROSAS, Roberto. **Função normativa da Justiça Eleitoral**. Boletim Eleitoral n. 244, 1971.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro Estado?** Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986.
- SILVA, Valter Félix da; LACERDA, Paulo José Martins; CARNEIRO, Renato César. **O poder normativo da Justiça Eleitoral**. João Pessoa: Sal da Terra, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- PAULA FILHO, Afranio Faustino de. **Sistemas de controle do processo eleitoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.