XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

BRUNO DE ALMEIDA OLIVEIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho
Vivian de Almeida Gregori Torres
Bruno de Almeida Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-807-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Os trabalhos publicados nessa obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado I, durante o XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 a 21 de junho de 2019, na Universidade Federal de Goiânia, sobre o tema "Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo".

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

Os resultados obtidos foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. "APORTES HISTÓRICO E FILOSÓFICO PARA UMA ANÁLISE DOGMÁTICA DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA", de autoria de Marcos Vieira de lemos. O trabalho faz críticas às universalidades dos direitos humanos e da democracia, analisando a interdependência dos institutos, sendo que com base nos Instrumentos Internacionais do Sistema Global sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil, observo que à democracia, foi atribuído o papel negativo de suporte a limitações de direitos humanos, com exclusividade antes de 1993 e na maioria das vezes após tal ano, também, confrontou esta constatação com breve caminho histórico e duas visões filosóficas sobre a democracia e os direitos humanos.

2. “O CONCEITO DE CONTRARREVOLUÇÃO PROLONGADA DE FLORESTAN FERNANDES: ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL”, de autoria de Carlos Augusto de Oliveira Diniz. O estudo analisou o conceito de contrarrevolução prolongada no Brasil a partir de revisão bibliográfica, discutiu a relação do Estado com a propriedade e como isso impacta no direito. Abordou, ainda, o Estado de Exceção e posteriormente o caso do Estado brasileiro com base no conceito de contrarrevolução prolongada, tendo por centralidade explicitar que o estado de exceção é regra, demonstrando que no Brasil o estado de exceção é constante e anterior ao conceito contemporâneo, demonstrando ao final que no Brasil nunca se teve democracia efetiva, a história é marcada pela alternância de mais repressão e menos repressão.

3. “CANDIDATURAS AVULSAS NO BRASIL: (RE)LEITURA A PARTIR DA TEORIA DO ESTADO DE PARTIDOS”, tendo por autores Denise Goulart Schlickmann e Orides Mezzaroba. A pesquisa analisou os partidos políticos enquanto estruturas consagradas como indispensáveis à consolidação da Democracia Representativa no Brasil, ressaltando que apenas mediante filiação partidária o cidadão pode se candidatar e participar da disputa de poder que se consagra nas eleições. O autor faz um cotejo desta situação com a possibilidade de candidaturas avulsas, tendo em vista a permissão em Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário.

4. “A REVISÃO CONCEITUAL DE SOBERANIA E OS DESAFIOS DE UMA INTEGRAÇÃO JURÍDICA QUE PRESERVE A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS”, de autoria de Jose Marcos Miné Vanzella e Rafael Gaspar Hoffman. A pesquisa visitou o conceito de soberania estatal, previsto na Constituição Federal e comparou-o com concepções jurídicas, como a do pensamento de Habermas e o direito comunitário, enquanto instituto de importância para a integração jurídica entre os povos, bem como demonstrou os desafios jurídicos que o processo de integração ainda tem a superar, sobretudo no que se refere a proteção das democracias e direitos fundamentais, em especial de grupos minoritários e tutela do meio-ambiente.

5. “AS COTAS DE CANDIDATURA POR GÊNERO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 1.256/2019”, de autoria de Jéssica Teles de Almeida e Raquel Cavalcanti Ramos Machado. O estudo analisou a alegada ineficácia do § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.504/97, que tem por objeto as cotas de candidaturas femininas, em cotejo com o Projeto de Lei nº 1.256/2019 para revogação da norma, sob o prisma da inconstitucionalidade material do projeto, concluindo que não se revoga lei em face de sua mera ineficácia e que a revogação do citado art. 10, §3º é inconstitucional por violar a igualdade material e por acarretar um verdadeiro retrocesso na promoção do direito à participação política da mulher.

6. “O PROCESSO DE IMPEACHMENT: ANÁLISE COMPARATIVA 1992 - 2016”, de autoria de Ricardo Cotrim Chaccur e Marvia Scardua de Carvalho. O trabalho fez uma comparação dos argumentos favoráveis e contrários dos dois processos de impeachment ocorridos no Brasil, esclarecendo que ambos foram distintos sob a análise política e jurídica, mas colocaram em questionamento a efetividade das instituições.

7. “SERVIÇO ELEITORAL DO MESÁRIO E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA”, de autoria de Lazaro Alves Borges. A pesquisa investigou o serviço eleitoral obrigatório a partir: a) concepção democrática que respalda a função do mesário; b) análise da função com a doutrina dos deveres fundamentais; c) compatibilidade com a escusa de consciência inscrita no art. 5 VIII da Constituição Federal; d) avaliação de instrumentos a fortalecer o papel do indivíduo na esfera pública, concluindo pela necessidade de edição legislativa de prestação alternativa.

8. “VIOLÊNCIA, PODER E DEMOCRACIA: NOTAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E MONOPÓLIO ESTATAL”, de autoria de Fernando Cesar Mendes Barbosa e José Mauro Garboza Junior. O estudo investigou a relação entre democracia e o monopólio estatal do direito e da violência, sob o prisma do quanto estes estão relacionados. Os autores partiram de uma análise do problema democrático contemporâneo, para compreender, a partir da História do Direito, como a democracia e a legitimidade definem-se pelo estabelecimento de verdadeiras relações de força, tendo por conclusão a necessidade de retomada dos valores democráticos na construção de uma sociedade mais justa.

9. “O REFÚGIO E BIOPOLÍTICA: UM ESTUDO POLÍTICO FILOSÓFICO”, de autoria de Ana Flávia Costa Eccard e Adriano Negris Santos. O trabalho explorou os aspectos políticos impostos aos refugiados no decorrer do seu processo de acolhimento entendendo que estas são violações à vida, tendo por base o estatuto de refugiados a partir da questão da Biopolítica em Foucault.

10. “DEMOCRACIA DELIBERATIVA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DELIMITAÇÃO NA ESFERA DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL”, de autoria de Régis Willyan da Silva Andrade e Luiz Nunes Pegoraro. A pesquisa analisou o cenário jurídico-político, a legitimidade como cerne de sustentação do regime democrático do sistema jurídico bem como da atuação da Administração Pública, com o objetivo de analisar as transformações no Estado constitucional desde sua concepção liberal até a conjuntura democrático deliberativa, concluindo que através da cooperação entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, estes atuam como fiscais da aplicação do texto constitucional e da solução de conflitos de interesses público versus interesses privado.

11. “O NARCISISMO SOCIAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET”, de autoria de Lucas Prado Kizan. O trabalho abordou a liberdade de expressão na internet como pilar democrático da sociedade, e como este direito pode vir a ser ameaçado por discursos de ódio e proliferação de fake News, em decorrência de comportamentos sociais, especificamente na no âmbito da rede mundial de computadores, que denotam uma estrutura narcisista da sociedade, a partir do ódio.

12. “CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL: POLITIZAÇÃO OU DESPOLITIZAÇÃO. UMA LEITURA PÓS-JORNADAS DE JUNHO DE 2013”, de autoria de Gualterberg Nogueira de Lima Silva e Randal Magnani. O estudo apresentou questionamentos sobre a crise de representatividade no Brasil pós-jornadas de junho de 2013, a partir da leitura do direito constitucional, tendo por base os dados empíricos do Índice de Confiança Social (ICS), do IBOPE Inteligência/2013, que mediu a confiança dos brasileiros nas instituições em geral durante os protestos ocorridos no país naquele ano.

13. “JUSTO POLÍTICO E BEM COMUM NA TEORIA CLÁSSICA DE JUSTIÇA”, de autoria de Rosalina Moitta Pinto da Costa e Shayane do Socorro de Almeida da Paixão. A pesquisa investigou como o justo político e o bem comum representam o conteúdo e finalidade da justiça legal, conceito da clássica teoria de justiça aristotélica. As pesquisadoras demonstraram que as leis positivadas refletem a justiça legal e resguardam em seu conteúdo o justo político resultado da deliberação dos seus cidadãos, enquanto tem a finalidade de alcançar o bem comum, sendo que a conceituação de pessoa como ser relacional é necessária para demonstrar como o bem individual e bem comum são indissociáveis no desenvolvimento integral.

14. “CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO ELEITORAL E O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL”, de autoria de Pedro Henrique Costa de Oliveira e Ana Elizabeth Neirão Reymão. Os autores trouxeram à discussão a usurpação da competência legiferante do Congresso Nacional pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), quando do exercício de sua atividade normativa, destacando que essa interferência causa desequilíbrio nas interrelações entre os poderes da República, a partir de um estudo de caso para analisar se as resoluções 22.610/07 e 23.389/13 do TSE constituem usurpação da competência do legislativo. Questionara ainda, o princípio da separação de poderes e o fenômeno do ativismo judicial, notadamente identificado na seara eleitoral, concluindo, ao final, que as normas analisadas são inconstitucionais.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem a democracia, os direitos políticos e a filosofia do Estado, assunto que nos dias atuais tem despertado muito interesse em razão da crise política experimentada pelo país nos últimos anos.

Por fim, esperamos que a presente obra seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa da democracia e dos direitos políticos.

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Universidade Federal de Fortaleza

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres - Universidade Metodista de Piracicaba/SP

Prof. Dr. Bruno de Almeida Oliveira - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO ELEITORAL E O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL

JUDICIAL CREATION OF ELECTORAL LAW AND CONTROL OF THE NORMATIVE POWER OF ELECTORAL JUSTICE

Pedro Henrique Costa de Oliveira [1]
Ana Elizabeth Neirão Reymão [2]

Resumo

O objetivo do artigo é discutir a usurpação da competência legiferante do Congresso Nacional pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), quando do exercício de sua atividade normativa, destacando que essa interferência causa desequilíbrio nas interrelações entre os poderes da República. Traz-se, como técnica de pesquisa, um estudo de caso para analisar se as resoluções 22.610/07 e 23.389/13 daquele tribunal constituem usurpação da competência do legislativo. Discute-se o princípio da separação de poderes e o fenômeno do ativismo judicial, notadamente identificado na seara eleitoral. O estudo conclui que as normas em análise são inconstitucionais.

Palavras-chave: Poder normativo, Justiça eleitoral, Ativismo judicial eleitoral, Separação de poderes, Controle de constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The paper discusses the usurpation of the legalizing competence of the National Congress by the Superior Electoral Court (TSE), in the exercise of its normative activity, noting that this interference causes imbalance in the interrelationships between the powers of the Republic. It' s a case study that analyzes whether TSE resolutions 22.610/07 and 23.389/13 constitute an encroachment on the competence of the legislature. It discusses the principle of separation of powers and the phenomenon of judicial activism, notably identified in the electoral campaign. The study concludes that the standards under review are unconstitutional.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Normative power, Electoral justice, Electoral judicial activism, Separation of powers, Constitutionality control

[1] Mestrando em Direito (PPGD/CESUPA). Especialista em Direito Público (PUC Minas) e em Direito Eleitoral (IDP). Ex-Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PA (2015-2018). Membro-fundador da ABRADEP. Advogado. E-mail: pedrohco@hotmail.com.

[2] Economista (UFPA), Doutora (UnB), Mestre em Economia (UNICAMP), professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional (CESUPA) e da Faculdade de Economia (UFPA). E-mail: bethrey@uol.com.br.

1 Introdução

Ante a ausência, principalmente do Poder Legislativo, na regulação das relações sociais, é crescente a interferência do Poder Judiciário nos demais poderes. Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é discutir a usurpação da competência legiferante do Congresso Nacional pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), quando do exercício de sua atividade normativa, destacando que essa interferência causa desequilíbrio nas interrelações entre os poderes da República.

Determina a Lei nº 4.737, de 15.07.1965, que o TSE expedirá instruções para a execução do Código Eleitoral. Essa função normativa está positivada nos arts. 1º, parágrafo único, e 23, IX.

O poder normativo desse tribunal ganha destaque na atual conjuntura, uma vez que, com a evolução da democracia e da própria sociedade, a produção legiferante em matéria eleitoral do Poder Legislativo não acompanha essas mudanças, cabendo ao Judiciário regulamentar - *mens legis* e *mens legislatoris* - a legislação para atribuir maior estabilidade institucional e legitimidade ao processo eleitoral.

No entanto, apesar dessa importância, o exercício do poder normativo da Justiça eleitoral deve ser exercido com comedimento e cautela, de modo que não haja extravasamento da competência regulamentar da Corte Superior Eleitoral, causando interferências nas esferas de competências dos demais poderes constituídos e, por conseguinte, instabilidade nas relações entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Nesse contexto, o problema de pesquisa é: quais os limites às resoluções 22.610/07 e 23.389/13 do TSE?

Como se observa, o artigo traz um estudo de caso como técnica de pesquisa para analisar se as mesmas constituem usurpação da competência legiferante do Congresso Nacional. O estudo é de abordagem qualitativa e os procedimentos são o levantamento bibliográfico e a pesquisa documental, com o exame das mencionadas resoluções.

O texto está estruturado em quatro seções. Após essa introdução, a seção seguinte apresenta o poder normativo da Justiça Eleitoral. Na seção três discutem-se os limites às resoluções do TSE, iniciando-se com uma reflexão acerca da separação de poderes e do ativismo judicial. Na parte final traz-se o controle de constitucionalidade das resoluções 22.610/07 e 23.389/13 do TSE. A última seção do texto apresenta as conclusões do estudo.

2 O poder normativo da Justiça Eleitoral

A função normativa da Justiça Eleitoral, objeto nuclear do presente estudo, é, indubitavelmente, um dos aspectos que a distingue das suas congêneres. Desde a criação da Justiça Eleitoral no Brasil, com o advento do primeiro Código Eleitoral brasileiro (Dec. 21.076, de 24.02.1932), verifica-se a inserção da função normativa da Justiça Eleitoral como atividade legislativa regulamentar. O referido diploma dispunha que eram atribuições do Tribunal Superior, dentre outras, "fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias" (BRASIL, 1932, art. 14, IV).

No Código Eleitoral vigente - Lei nº 4.737 de 15.07.1965 -, a função normativa está positivada nos arts. 1º, parágrafo único, e 23, IX, os quais, respectivamente, preconizam que "o Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para sua fiel execução", e que a ele compete "expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código" (BRASIL, 1965).

Ao explicar o dispositivo supra, Torquato Jardim (1998, p. 46) aduz que:

> A norma confere extenso poder regulamentar ao Tribunal Superior Eleitoral, e com ela afasta-se a possibilidade de lacuna ou antinomia normativa. Afasta-se, por igual, a ocorrência de fato ou circunstância, política ou administrativa, que não possa, de pronto, ser submetida à normatividade eleitoral.

Walber de Moura Agra (2014) também destaca a importância dessa função normativa para o processo eleitoral, especialmente perante à demora do legislador na produção de leis e da possibilidade da existência de vários vazios normativos, fazendo surgir insegurança jurídica. A atuação normativa do TSE, então, pode conduzir um seguro processo eleitoral, tendo as resoluções eleitorais uma função de especificação da legislação e permitindo que a execução desse processo ocorra de forma simples.

No mesmo sentido, dispõe o art. 105, *caput*, da Lei nº 9.504/97, *ipsis litteris*:

> 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 (BRASIL, 1997). (Grifamos)

Da leitura feita do dispositivo retromencionado, infere-se que o legislador preocupou-se em limitar o poder regulamentar do TSE, impedindo que ele agisse como um verdadeiro legislador, estabelecendo que sua a atividade normativa, na expedição de instruções, baixadas na forma de resoluções, não pode ser *contra legem*. Nem precisaria ser dito, por óbvio, que as

resoluções baixadas por esse tribunal não podem conflitar com as normas insculpidas na Constituição da República de 1988.

À guisa de corroboração, é de todo oportuno trazer à baila o entendimento de Almeida Neto (2014, p. 112), quando obtempera que:

> A função normativa da Justiça Eleitoral é aquela exercida pelo TSE, no uso de seu poder regulamentar, por meio de regulamentos autônomos e independentes impregnados de abstratividade, impessoalidade e generalidade, com força de lei ordinária federal. **Por essas características, esses regulamentos são aptos a instaurar o controle abstrato de constitucionalidade, concentrado no STF.** (Grifamos)

Nessa senda, se o TSE exceder sua competência normativa, invadindo a competência legislativa do Congresso Nacional, nascerá o direito de os partidos políticos e do Ministério Público Eleitoral exercerem o controle de constitucionalidade em face dos regulamentos expedidos que ultrapassem a competência regulamentar do tribunal, que se limita à fiel execução da legislação eleitoral brasileira.

Com efeito, infere-se que o poder regulamentar do TSE se limita *secundum legem*, tendo em vista que, muito embora as resoluções expedidas pela Corte Superior Eleitoral tenham *força de lei*, não são *leis* no seu sentido formal.

Nesse sentido, lapidares são as lições de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2014, p. 37), os quais aduzem, *verbo ad verbum*:

> Deve-se admitir que o poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral só pode ser realizado dentro do programa normativo das leis (*secundum legem*), ou para suprir eventual omissão ou insuficiência das mesmas (*praeter legem*). Ao expedir resoluções e instruções para conformar a realização das eleições fora dos limites legais, estará o Tribunal Superior Eleitoral se contrapondo ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF), apanágio indelével do Estado Democrático de Direito.
>
> Assim, quando o Tribunal Superior Eleitoral atuar *contra legem*, afirma-se ser possível o controle da supralegalidade, principalmente pelos partidos políticos, analisando se os atos regulamentares se coadunam com os *standards* legais e constitucionais estabelecidos. Outrossim, quando estes atos regulamentares causarem efeitos concretos, também será cabível mandado de segurança.

José Jairo Gomes (2014, p. 72) reconhece a importância das resoluções expedidas pelo TSE, porém lembra que as mesmas são hierarquicamente inferiores às leis:

> As resoluções expedidas pelo TSE ostentam força de lei. Note-se, porém, que *ter força de lei* não é o mesmo que *ser lei*! O *ter força*, aí, significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis. Mas estas são hierarquicamente superiores às resoluções pretorianas. [...] Reconhece-se, todavia, que as resoluções do TSE são importantes para a operacionalização do Direito Eleitoral, sobretudo nas eleições, porquanto consolidam a copiosa e difusa legislação em vigor. Com isso, proporciona-se mais segurança e transparência na atuação dos operadores desse importante ramo do Direito.

Dessarte, indelével a significância das instruções de caráter normativo que possuem como objetivos precípuos os de regulamentar, organizar e executar as eleições. Entretanto, a atuação regulamentar deve se submeter ao pálio da legalidade, sem interferências na competência legiferante do Congresso Nacional.

Contudo, o TSE vem, reiteradas vezes, extrapolando os limites fixados nas leis e na Constituição Federal, inovando no ordenamento jurídico, tanto na seara administrativa, como na criação judicial do Direito, criando normas processuais e de competência, como é o caso da Resolução nº 22.610/07, que trata das hipóteses de perda do mandato eletivo nos casos de infidelidade partidária.

Para Macedo e Soares (2015, p. 71), "o poder normativo surge no e do (nefasto) silêncio do Poder Legislativo, aqui a sanha normatizadora pode ganhar contornos de abuso de poder, o que arrosta o Estado democrático de Direito e, no âmbito processual, o devido processo legal".

Nessas hipóteses, a toda evidência, a Justiça Eleitoral desborda de sua competência regulamentar e normativa para interferir, de forma inconstitucional, em matérias reservadas ao Congresso Nacional (ALMEIDA NETO; 2014, p. 133).

Ao atuar como verdadeiro legislador positivo, por meio da criação judicial do direito, o TSE exacerba o poder normativo a si atribuído e inova no ordenamento jurídico, numa clara usurpação da competência do Congresso Nacional. Atua como verdadeiro legislador positivo, por meio da criação judicial do direito, gerando calorosos debates doutrinários acerca da necessidade de um controle desse poder normativo.

O Supremo Tribunal Federal (STF), nas representações de inconstitucionalidade, e o Congresso devem atuar no sentido de limitar o poder normativo daquele tribunal.

3 Limites às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral

As resoluções eleitorais devem ser expedidas, conforme esposado alhures, segundo a lei (*secundum legem*), ou para suprir alguma lacuna ou insuficiência normativa (*praeter legem*). É inadmissível a expedição de resolução contrária às leis (*contra legem*).

Com Almeida Neto (2014, p. 173), o exercício do poder normativo é, indubitavelmente, o mais sensível dentre as funções atribuídas à Justiça Eleitoral, porquanto, não raro, ultrapassam os limites do Judiciário, inovando em matéria legislativa. Como controlar o exercício dessa função legiferante atípica?

3.1 Separação de poderes

O poder político do Estado é dividido, segundo a doutrina clássica, em órgãos que desempenham funções distintas (DALLARI, 2016) . A expressão "tripartição dos poderes" é, portanto, equivocada, tendo em vista que o poder é uno e indivisível, sendo meramente acadêmica.

Cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função do Estado, e, secundariamente, as outras duas. São preponderantes as atividades típicas de cada órgão do Poder, enquanto as atividades atípicas, secundárias.

As funções típicas do Legislativo, Executivo e Judiciário são, respectivamente, legislar, executar e julgar. Atipicamente o Legislativo também administra e julga, dispondo sobre sua organização, provimento de cargos e polícia, conforme preconizam os arts. 51, IV, e 52, XIII, da CF/88, e julgamento de seletas autoridades por crimes de responsabilidade (BRASIL, 1988, art. 52, I – II).

O Executivo, igualmente, julga e legisla. Em que pese não se tratar de exercício da jurisdição, a administração cria "tribunais administrativos" para julgar pedidos e recursos dos administradores, deferindo ou indeferindo pedidos. O art. 62 autoriza o Poder Executivo a expedir medidas provisórias. Noutro giro, o art. 68, *caput*, e § 2º, autoriza o Presidente da República a elaborar leis delegadas.

Nessa senda, o Judiciário legisla ao editar seus regimentos internos (BRASIL, 1988, art. 96, I, "a"), bem como administra ao proceder mediante provimento de seus cargos, organizar seus serviços auxiliares e, também, conceder lincença e férias aos magistrados e serventuários a eles vinculados (BRASIL, 1988, art. 96, I, "b" e "f").

Delimitadas estão, pois, as funções típicas e atípicas de cada órgão do poder. Tal separação é tão importante que, com a Revolução Francesa, tornou-se um dogma constitucional, a ponto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16, declarar que "*a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*".

Sobre a separação de poderes, impede trazer a lume as lições de Bonavides (2012, p. 289):

> Os que abraçam à tese liberal ainda em nossos dias entendem que o princípio da separação de poderes consagra o capítulo doutrinário mais pujante da obra de Montesquieu, aquele que, a despeito de todas as refutações, permanece vivo e atual, por ser o da problemática do próprio poder.
> Erigem-no em dogma. Fazem dele o símbolo aferidor da liberdade na organização do poder político. Onde não se encontra, é porque aí se acha assentado em seu lugar

> o governo despótico. Partem do enganoso pressuposto de que o poder em si mesmo é imoral. Montesquieu não autoriza essa ilação. Só o poder despótico, corrupto por natureza, maculou-se de vício insanável.

No escólio de Montesquieu (1985, p. 148), a corrupção advém quando o poder se concentra nas mãos de um único titular. Adverte o filósofo, que a experiência eterna evidencia que, quando o poder se concentra num único titular, o mesmo tende a abusar do poder; vai até onde encontra limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder (MONTESQUIEU, 1985, p. 148). Na esteira do filósofo, Almeida Neto (2014, p. 174), assevera que:

> Para Montesquieu, a divisão funcional dos poderes deve corresponder a uma divisão orgânica, ou seja, há de existir um órgão - usualmente denominado poder - incumbido do desempenho de cada uma dessas funções, não podendo haver entre elas qualquer vínculo de subordinação. Com efeito, a intenção do pensador francês foi elaborar uma técnica capaz de perquirir uma forma equilibrada e moderada de governo, e mais, com funções divididas, de tal modo que, no interior da estrutura do Estado, o poder se encarregasse de controlar ou limitar o próprio poder.

O controle ou limitação que cada poder exerce em face do outro, no novo sistema de independência e inter-relacionamento entre os poderes, que a doutrina americana denomina de *checks and balances of power* (sistema de freios e contrapesos), se esteira na proteção e no resguardo dos direitos e liberdades do indivíduo, com o fito de evitar o arbítrio e desmando de um poder em detrimento do outro. Traduz-se, portanto, na contenção do poder pelo poder.

Destarte, impende assinalar que a separação de poderes não comporta mais a rigidez de outrora. Isso porque, com a ampliação das atividades do Estado, podemos falar, hodiernamente, em colaboração entre os poderes.

A corroborar o esposado acima, impende trazer à colação o entendimento de José Afonso da Silva (2009, p. 109), quando aduz que:

> O princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, 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*. (Grifos do original)

A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito (SILVA, 2009, p. 110).

O maior problema reside no desbordamento das funções do poder, ou seja, no ingresso indevido do Judiciário no domínio constitucionalmente delimitado ao Executivo e ao Legislativo (ALMEIDA NETO, 2014).

O princípio da separação de poderes, pelo exposto, impõe limites à atuação do TSE quando da edição de instruções que, posteriormente, serão baixadas na forma de resolução, com o fito de vedar que este órgão do Poder Judiciário inove em matéria legislativa, usurpando, por conseguinte, competência que é do Congresso Nacional, atuando no âmbito da sua competência legiferante como legislador positivo.

3.2 Ativismo judicial

É cediço que a ausência do Poder Público na regulação das relações sociais dá ensejo à consecução do chamado ativismo judicial.

Insta, precipuamente, assinalar alguns aspectos gerais do ativismo judicial, distinguindo-o da judicialização da política, para, então, adentrarmos no âmbito específico do ativismo judicial eleitoral.

3.2.1 Judicialização da política *vs.* ativismo judicial

O ativismo judicial, na visão de Elival da Silva Ramos (2015, p. 119), é uma disfunção da função jurisdicional, em detrimento das funções atribuídas aos outros Poderes do Estado, logo: “o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”.

Para o autor, trata-se o ativismo da descaracterização das funções típicas do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes, e não do exercício desabrido da legiferação (RAMOS, 2015).

Vânia Aieta (2017) entende por ativismo judicial o exercício da função jurisdicional fora dos limites definidos pelo ordenamento, o qual incumbe o Poder Judiciário de atuar na solução de conflitos marcados pela subjetividade (conflito de interesses) e de controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos).

Teixeira (2012, p. 38) destaca que o ativismo judicial[1] representa uma *deslegitimação* da Política no que diz respeito a seu objetivo de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade em seu cotidiano. E mais, esse "mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo" é corroborado pela corrupção, pela política enquanto defesa de interesses meramente partidários, assim como pela burocratização estatal.

A Carta Republicana de 1988 ampliou o papel do magistrado, impulsionando-o a uma participação mais ativa perante a sociedade, mormente diante da necessidade de assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal capaz de lhes atribuir regulamentação.

Em decorrência, a judicialização da política representa, concretamente a expansão do poder dos juízes e a transferência do poder de criação normativa do Legislativo para o Judiciário, assim como a criação de métodos e técnicas decisórias estranhas ao que tem sido utilizado, ensina Teixeira (2012).

Parte da doutrina classifica o ativismo judicial em duas espécies, a saber: ativismo judicial positivo e ativismo judicial nocivo. O primeiro é aquele que, dentro dos parâmetros de racionalidade jurídica, assegura direitos fundamentais e garante a supremacia da Constituição. Ao revés, ativismo judicial nocivo é aquele que foge desse padrão, em que prevalece um padrão de racionalidade política (TEIXEIRA, 2012).

Seguindo a corrente garantista, Georges Abboud e Nelson Nery (2016, p. 232) discordam da separação entre "bom" e "mau" ativismo, assinalando de quando se aponta a prática do bom ativismo, na verdade tem-se uma situação em que houve a concretização e aplicação direta do texto constitucional e sua principiologia:

> De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como *legitimidade do sistema jurídico*, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo (destaques no original).

Segundo Abboud (2017, p. 214), tal fenômeno apresenta duas dimensões, quais sejam, estrutural e decisória:

> Na dimensão decisória (micro) o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF + lei) como critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e

[1] Segundo Teixeira (2014), o ativismo judicial revela o sentimento de que a sociedade não está satisfeita com a prestação de serviços públicos e tutela de direitos pelo Estado. Outros sintomas, porém, também legitimam esse fenômeno: a burocratização da política; déficit de legitimidade das instituições democráticas de representação; e insuficiência regulatória.

> substituídos por sua subjetividade/discricionariedade. Nessa dimensão, o julgador adquire uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o *escolhido (vanguarda iluminista)* para guiar a sociedade na direção do caminho correto.
> Já na dimensão macro ou estrutural do ativismo, o que ocorre é a caracterização do fenômeno da juristocracia ou da própria Supremacia Judicial. Em linhas gerais, na dimensão macro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário face aos demais poderes, sem respaldo constitucional para tanto (destaques no original).

Teixeira (2012, p. 51) aponta como umas das espécies mais flagrantes do ativismo judicial nocivo a atuação do Judiciário como legislador positivo e a ofensa ao princípio da separação de poderes:

> *Atuação como legislador positivo*: [...] Pois decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas.
> *Ofensa ao princípio da separação dos Poderes*: ocorre quando o judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes. Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento.

Não se pode, entretanto, confundir ativismo judicial com judicialização da política. Lenio Streck (2014) alerta para esta diferença conceitual, obtemperando que judicializar a política não é o mesmo que praticar ativismos. Para o autor, a judicialização não é um mal em si, é contingencial e ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, para quem é a vulgata da judicialização:

> Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas) (STRECK, 2013, *online*).

A judicialização da política é uma expressão cunhada para designar a expansão do Poder Judiciário no processo decisório nas democracias contemporâneas, a partir do crescente aumento do número de demandas (protagonismo judicial) e do poder conferido ao Judiciário para garantir a supremacia da Constituição. Tal expansão insere-se na análise de políticas legislativas ou executivas pelo Estado-Juiz.

A judicialização da política "ocorre em função do comportamento interno ordinário do Poder Judiciário. Ela é identificada nos procedimentos judiciais que geram não apenas consequências jurídicas, mas também consequências de caráter político" (AIETA, 2017, p. 54).

A importância da atividade judicial no Brasil cresce à medida que grandes questões políticas são levadas a apreciação do Poder Judiciário. Muito se questiona, inclusive, acerca da legitimidade do papel exercido pelo Judiciário quando questões políticas são transferidas à seara jurídica.

Porém, Loiane Verbicaro (2005) destaca que o fundamento da judicialização da política reside no primado da supremacia da Constituição. Assim, defende que, quando o Judiciário atua no âmbito político, não está invadindo a esfera de outros poderes, mas tão somente garantindo a obediência à Constituição. Nesse contexto, a judicialização da política, enquanto fenômeno social nas sociedades contemporâneas, apresenta uma nova caracterização para os conflitos sociais, uma vez que transfere para o Judiciário a tarefa de resolver conflitos antes circunscritos aos poderes democrática e institucionalmente constituídos para esse fim.

O problema, portanto, reside no momento em que o Judiciário extravasa os limites de sua atuação e usurpa competências reservadas, muitas vezes, ao parlamento, o que gera inexoravelmente uma discussão acerca da violação do princípio da separação dos poderes e à independência do Poder Legislativo.

Conclui-se, então, na esteira de Streck e Verbicaro, que o problema não reside na judicialização, mas no ativismo. Feitas essas considerações, passa-se à análise do ativismo judicial no âmbito da Justiça Eleitoral.

3.2.2 Ativismo Judicial Eleitoral

Dessarte, ante a ausência do Congresso Nacional na regulação de fatos e direitos fundamentais, no que tange à evolução da democracia e do Estado Democrático de Direito, notadamente pela insuficiência normativa das leis eleitorais ora vigentes, o Tribunal Superior Eleitoral vem adotando postura ativista para regular fatos afetos aos direitos político-eleitorais.

Normalmente o ativismo "se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva" (STRECK, 2009, p. 76).

A sociedade brasileira está, inexoravelmente, imergida numa grave crise de representatividade. A sociedade reclama por uma reforma política que há muito vem sendo prometida. Em decorrência da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade que acomete o Legislativo, abre-se espaço para a expansão do Judiciário como órgão do poder

legítimo para suprir as omissões do Congresso, muitas vezes, inclusive, prolatando decisões que inovam na ordem jurídica, de caráter normativo geral e abstrato.

Sobre a evolução da atuação da Justiça Eleitoral, Pereira (2010, p. 23) assenta que:

> O poder judiciário eleitoral avança exatamente à proporção que o legislativo se mantém omisso, definindo situações que consolidam a democracia brasileira e aumentando sua responsabilidade na concretização da evolução da aplicação constitucional, cujo objetivo é conferir ao sistema uma mínima estabilidade institucional.

No escólio de Almeida Neto (2014), configura-se o ativismo judicial eleitoral toda vez que um tribunal invade, devida ou indevidamente, matéria de direito eleitoral em um campo normativamente reservado ao Executivo ou ao Legislativo. Aduz, ainda, que essa invasão pode ser implementada pela via jurisprudencial, bem como pela via administrativa, por meio da edição de atos normativos ou regulamentares.

Barroso (2009, p. 89) assenta que:

> A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. **Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes** (sem destaques no original).

Com efeito, caso o Tribunal Superior Eleitoral extrapole sua competência, seja na via judicial, como no exercício da sua função normativa, pode o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, tornar sem efeito a decisão do TSE no julgamento de eventual Recurso Extraordinário, bem como declarar a inconstitucionalidade de ato normativo da Corte Eleitoral que apresente caráter geral e abstrato, por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

3.3 Controle de constitucionalidade das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral

Insta, precipuamente, salientar que a noção de inconstitucionalidade deriva, inexoravelmente, da posição de supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

Para o positivista Kelsen (2009, p. 247), a ordem jurídica não se conforma por um sistema de normas ordenadas num plano horizontal, no mesmo plano. A ordem jurídica, segundo Kelsen, é conformada por uma construção escalonada de normas, em que se pode observar a Constituição - Norma Fundamental - no topo dessa pirâmide normativa, na qual as demais normas do ordenamento buscam seus fundamentos últimos de validade.

Bobbio (2007) assevera que uma norma somente é válida quando ela pode ser reconduzida à norma fundamental. Nessa senda, a pertencência de uma norma na ordem

jurídica pressupõe sua sujeição e observância à norma fundamental, a qual é o fundamento de validade de todas as normas do sistema.

As resoluções são atos normativos expedidos pelo TSE e destinam-se à regulamentação, como já dito, das leis eleitorais. Logo, o fundamento de validade da resolução eleitoral é, por conseguinte, a lei eleitoral a que se dispõe executar, e o fundamento de validade de ambas é a Constituição Federal.

Destarte, impende aludir a uma diferenciação entre atos normativos primários e secundários, tendo em vista que estes últimos são imunes ao controle concentrado de constitucionalidade.

No escólio de Cabral (2009, p. 79):

> **Os atos normativos primários são autônomos, não se encontram materialmente vinculados a nenhuma outra norma**. Desse modo, esses atos sujeitam-se ao controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, na forma prevista no art. 102, I, alínea "a" da Constituição Federal, bem como perante qualquer juiz ou tribunal, pela via difusa.
> **Os atos normativos secundários são aqueles que têm origem a partir de outras normas** caracterizando-se, portanto, como ato normativo de natureza interpretativa ou regulamentar que, em regra, só se sujeitam ao controle de legalidade. **Vale destacar que eventuais irregularidades na formação desses atos normativos incidem, tão-somente, no campo da ilegalidade e não da inconstitucionalidade**. (Grifamos)

Verifica-se que a forma é irrelevante para aferição quanto à espécie do ato normativo. O critério relevante para identificar a espécie do ato normativo é, notadamente, o seu conteúdo. Se, por exemplo, um ato for expedido na forma de ato normativo secundário, mas for dotado de generalidade, abstração e impessoalidade, será considerado ato normativo primário, sujeito, inclusive, ao controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sistema, permite-se o controle *in abstracto* da norma por via de ação de inconstitucionalidade perante o STF. Daí podermos falar num controle direto.

Na esteira do que preleciona Bonavides (2014, p. 314-315):

> Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente energético, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais frequência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível. O órgão competente para julgar essa ação tanto poderá ser um tribunal ordinário como uma corte especial, a exemplo dos chamados tribunais constitucionais, dotados para esse fim jurisdição específica.

As resoluções do TSE são expedidas, em tese, na forma de ato normativo secundário, não incidindo sobre eles o controle concentrado de constitucionalidade. Entretanto, vem-se

observando a expedição de resoluções eleitorais dotadas de abstração e generalidade, que inovam em matéria legislativa, criando direitos e obrigações, como é o caso da Resolução nº 22.610/2007 e da Resolução nº 23.389/2013, ambas do TSE, que disciplinam, respectivamente, a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária e a redistribuição das vagas de deputados federais por Estado.

3.3.1 A inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07 do TSE

A criação da Resolução 22.610/07 do TSE derivou da Consulta 1.398/DF formulada pelo então PFL (Partido da Frente Liberal). Percebemos que a própria criação da malsinada resolução já é polêmica *ab initio*, pois resultou de uma consulta e, em regra, as consultas não possuem natureza normativa, jurisdicional, bem como não possuem efeito vinculante, é dizer, não gera efeitos concretos. Ocorre que reiteradas vezes o TSE também exorbita dessa competência, transformando consultas realizadas em resoluções.

A corroborar o exposto acima, impende trazer à colação o entendimento do jurista Fávila Ribeiro (2000) sobre a função consultiva da justiça eleitoral, *verbo ad verbum*:

> Comporta ainda mencionar a competência da Justiça Eleitoral para responder a consultas sobre matéria eleitoral que sejam formuladas em caráter hipotético, isto é, sem contemplar situações concretas, emanadas de autoridades públicas ou partidos políticos. Essa disponibilidade funcional é sobremodo singular por se apresentar conectada a um ramo do Poder Judiciário, devendo ser compreendida por seu alcance eminentemente pedagógico, permitindo possam ser dissipadas dúvidas sobre matéria eleitoral, **não gerando, porém, em razão da sua própria forma de produção, qualquer implicação de natureza subjetiva, e por isso mesmo dela não poderá advir situação de sucumbência, nem caracterização de coisa julgada, visto inexistir situação de litigiosidade, com partes distribuídas em antagônicas posições, não podendo, pois, resultar do pronunciamento expedindo qualquer resultado passível de execução**. (Grifamos)

A referida consulta foi formulada com o objetivo de saber se o parlamentar eleito pelo sistema eleitoral proporcional teria ou não o direito à preservação de sua vaga caso houvesse pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

A Resolução 22.610 do TSE, por veicular conteúdo abstrato, bem como por inovar em matéria legislativa, criando hipóteses de perda de mandato não previstas na Constituição, prazos processuais e normas de competência, consequências da revelia, modelo de petição inicial e provas, está inafastavelmente eivada de inconstitucionalidade.

Com efeito, tal situação impeliu o Partido Social Cristão - PSC - e o Procurador-Geral da República a proporem, respectivamente, as ADI's 3.999 e 4.086 perante o Supremo Tribunal Federal.

As referidas ADI's tinham como propósito a declaração de inconstitucionalidade da Resolução 22.610/07 do TSE, pois foi violada a reserva de lei complementar para dispor sobre as regras de competências dos Tribunais, juízes e juntas eleitorais (art. 121 da CF), bem como usurpou competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, todos da CF) e violou, ainda, os princípios da separação de poderes (art. 2º, 60, § 4º, III, da CF) e da legalidade (art. 5º, II, da CF), apanágios indeléveis do Estado Democrático de Direito.

Ao fim e ao cabo, o STF julgou improcedentes as ações de inconstitucionalidade, considerando válida a resolução até que o Congresso Nacional disponha da matéria, o que, até hoje, como é cediço, não foi feito.

O relator da ADI 3.999 era o então ministro Joaquim Barbosa, o qual julgou improcedente a ação, sendo acompanhado pela esmagadora maioria do plenário. No mérito do julgamento, apenas o ex-ministro Eros Grau votou pela procedência da ação. Na mesma esteira foi o julgamento da ADI 4.086.

Pela argúcia de seus fundamentos, faz-se mister trazer à colação pontos que reputamos da maior relevância no voto do então Ministro Eros Grau, *in verbis*:

> **Para mim essa resolução é multiplamente inconstitucional: o artigo 1º afronta os artigos 22, I e XLVIII, da Constituição; o artigo 2º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em Direito Processual e o § 2º do artigo 1º inova em atribuições do Ministério Público.**
> **De modo que me perdoem, mas acho que isso é um abuso de inconstitucionalidade.**
> [...]
> Providências referidas no inciso XVIII e instruções mencionadas no inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral respeitam à execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral. Vale dizer: as instruções e providências normativas de que se trata são análogas aos decretos e regulamentos baixados pelo Presidente da República para a fiel execução das leis, os chamados *regulamentos de execução* (art. 84, IV da Constituição). Tal como as instruções que podem baixar os Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, II da Constituição), **não podem inovar o ordenamento jurídico**. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E daqui - seja nos incisos XVII e IX do Código Eleitoral, seja no inciso IV do artigo 84 e no inciso II do artigo 87 da Constituição - **não há autorização, ao TSE, ao Presidente da República e aos ministros de Estado, senão para disporem sobre a execução das leis, *secundum legem*. Jamais para disporem *contra*** ou *praeter* ***legem*** [reputamos seja possível regulamentação para suprir eventual lacuna ou insuficiência normativa]**.**
> [...]
> O Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na sua Resolução n. 22.610/07?

> Não, evidentemente. **O Código Eleitoral autoriza o Tribunal Superior Eleitoral apenas, unicamente, exclusivamente a dispor sobre a sua execução [dele, Código Eleitoral] e da legislação eleitoral, sem força suficiente para inovar o ordenamento.**
> [...]
> **Essa resolução é multiplamente inconstitucional. No seu todo, porque não incumbe ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que nada dispuseram no que tange a perda do cargo eletivo em razão de infidelidade partidária**. A inconstitucionalidade da Resolução n. 22.610/07 é, neste ponto, retumbante.
> Mas não é só, visto que ela avança sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei. Áreas da chamada *reserva da lei*.
> [...]
> **Julgo procedentes ambas as ações diretas** (BRASIL; STF, 2009, sem destaques no original).

Almeida Neto (2014, p. 189) apresenta relevante conclusão acerca do entendimento firmado pelo Pretório Excelso, fazendo-se mister sua reprodução integral, *verbo ad verbum*:

> Desse modo, embora **a Res. do TSE 22.610/2007** não seja uma consulta formal, o fato é que referido ato normativo emana de uma resposta a Consulta 1.398/DF, rel. Min. Asfor Rocha, publicada sob o título de Res. do TSE 22.526, de 27.03.2007, que, por força de acórdão do STF nos *writs* sobre fidelidade partidária, **logrou receber uma força normativa – indevida – de verdadeira emenda constitucional ao art. 55 da Carta Maior**. (Grifamos)

O Supremo Tribunal Federal, a partir das decisões prolatadas nas ações de inconstitucionalidade, admitiu - equivocadamente, diga-se de passagem -, por conseguinte, atribuir de força de emenda constitucional à Res. 22.610/2007 do TSE.

Desse modo, e por tudo que foi exposto, entende-se ser a resolução em comento flagrantemente inconstitucional, por ter sido expedida *contra legem*, inovando em matéria legislativa, usurpando a competência legiferante do Congresso Nacional, bem como violar inúmeros dispositivos constitucionais, mormente a separação de poderes, pressuposto básico para a estabilidade das instituições democráticas e sem a qual não há liberdade política.

3.3.2 A inconstitucionalidade da Resolução 23.389/13 do TSE

O art. 45, § 1º, da Constituição da República disciplinou o sistema de representação proporcional da Câmara dos Deputados nos seguintes termos:

> Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.
> § 1º. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

Depreende-se, pois, do dispositivo constitucional supra que: (i) lei complementar deve estabelecer o número total de deputados federais de cada Estado; (ii) a distribuição das vagas de cada ente da federação baseia-se em critério populacional; (iii) cada unidade federativa deve ter, no mínimo, oito e, no máximo, setenta deputados; (iv) no ano anterior às eleições, deve haver ajustes com o fito de manter a proporção entre o número de representantes e a respectiva população representada.

Em 1993, foi editada a Lei Complementar 78, que fixou o número total de deputados federais em 513 e instituiu, como critério para distribuição das vagas, a atualização estatística demográfica fornecida pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Inobstante as mudanças na distribuição demográfica no território nacional desde a promulgação da LC n.º 78/93, o Congresso Nacional nunca deflagrou norma a fim de conformar a representação dos Estados à nova realidade populacional. Passados vinte anos, ante a omissão legislativa, o TSE, em 2013, resolveu realizar os cálculos e proceder à redistribuição do número de deputados federais por Estado.

Com base no censo demográfico, de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas requereu ao TSE, em abril de 2013, a redefinição do número de deputados federais de cada Estado e, por conseguinte, a conformação da composição das Assembleias Legislativas ao que fosse estabelecido.

Em julgamento não unânime, por maioria, o TSE, seguindo o voto condutor da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, acolheu o requerimento formulado. Consectariamente, alguns Estados teriam sua representação no Congresso diminuída, enquanto outros aumentariam sua representatividade[2].

[2] Para a legislatura que começara em 2015, a bancada paraense seria a que mais cresceria, ganhando quatro cadeiras (de 17 para 21) no Congresso. Ceará e Minas Gerais teriam mais duas vagas cada um (de 22 para 24 e de 53 para 55, respectivamente). Já Amazonas e Santa Catarina aumentariam suas bancadas em um deputado federal (de 8 para 9 cadeiras e de 16 para 17, respectivamente).
Já os estados da Paraíba e do Piauí sofreriam a maior redução. Perderiam dois deputados federais cada um (de 12 para dez e de dez para oito, respectivamente). Já Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul perderiam um deputado na Câmara. No caso, Pernambuco iria de 25 para 24 cadeiras, Paraná, de 30 para 29, Rio de janeiro, de 46 para 45, Espírito Santo de dez para nove, Alagoas de nove para oito, e o Rio Grande do Sul, de 31 para 30 deputados federais.
Já nas assembleias legislativas, Paraíba e Piauí teriam as maiores perdas, cada uma de seis parlamentares (de 36 para 30 e de 30 para 24, respectivamente). Em seguida, quem mais perderia seriam os estados do Espírito Santo (de 30 para 27) e Alagoas (de 27 para 24). Os estados que menos perderiam seria o Rio de Janeiro (de 70 para 69), Rio Grande do Sul (de 55 para 54) e Pernambuco (de 49 e 48).
No sentido inverso, a Assembleia Legislativa do Pará ganharia quatro integrantes (de 41 para 45). Em seguida viria Amazonas (de 24 para 27), Ceará (de 46 para 48) e Minas Gerais (de 77 para 79) e mais um para Santa Catarina (de 40 para 41) e Paraná (de 53 para 54).

Em reação à aprovação e expedição da Res. TSE nº 23.389/13, foram ajuizadas diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade por parte de Estados prejudicados perante o STF: ADI's 4.947; 5.020; 5.028; 4.963; 5.130; 4.965; e ADC 33.

As ADI's não atacaram o conteúdo material da Resolução, mas centraram fogo em seu aspecto formal. Argumentaram que da leitura do art. 45 da CF/88 infere-se claramente que somente lei complementar tem o poder de fixar o número de deputados por Estado. Por conseguinte, é cediço que a competência para a criação desta espécie normativa é exclusiva do Congresso Nacional. Logo, trata-se de reserva legal específica.

O Congresso Nacional, por sua vez, expediu o Decreto Legislativo nº 424/2013, sustando os efeitos da referida Resolução. Sua incidência, entretanto, foi afastada pelo TSE em maio de 2014, em procedimento bem explicitado por Clarissa Maia (2017, p. 242-243):

> Em relação à citada Resolução ativista do Tribunal Superior Eleitoral, o Senado Federal apresentou projeto de Decreto Legislativo de n. 1361/2013, que objetivava sustar os atos da Resolução n. 23389/2013. A proposição recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela casa legislativa e, no dia 6 de novembro, o plenário da Câmara aprovou sua tramitação com regime de urgência. Assim, a proposta em alusão foi aprovada em sessão plenária de 27 de novembro de 2013, sendo publicada no Diário Oficial da União em 5 de dezembro de 2013, sob o designo de Decreto Legislativo n. 424/2013.
> Porém, na sessão administrativa de 27 de maio de 2014 do Tribunal Superior Eleitoral, foi objeto de apreciação o Decreto Legislativo n. 424/2013, ao analisar questão de ordem em petição apresentada pela Assembleia Legislativa do Amazonas. Na oportunidade, os Ministros do TSE acompanharam o voto do então presidente do Tribunal, Ministro Dias Toffoli, e ratificaram por unanimidade a Resolução n. 23389/2013.

Com efeito, o objeto da ADC 33 era, justamente, declarar a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 424/2013. A Mesa do Senado Federal argumentou que em situações de abuso do poder regulamentar, a CF/88 autoriza que o Congresso Nacional edite um Decreto Legislativo sustando a eficácia do ato que regulamentou a lei, apoiando-se na norma insculpida no art. 49, V, o qual dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

O STF, por maioria, decidiu pela inconstitucionalidade da Res. TSE nº 23.389/2013, acolhendo o argumento da reserva legal, ou seja, que é de competência exclusiva do Congresso Nacional editar lei complementar para regulamentar a matéria. Portanto, teria o TSE incorrido em ativismo judicial ao invadir a esfera de competência atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo.

Todos os Ministros, porém, declararam a inconstitucional o Decreto Legislativo nº 424/2013. Dentre outros argumentos, o principal foi no sentido de que não há previsão

constitucional que atribua competência ao Parlamento para fiscalizar os atos do Judiciário, não podendo o Congresso Nacional sustar eficácia de atos normativos emanados pelo Poder Judiciário, mesmo que estes, em tese, exorbitem o poder regulamentar, sob pena de violação à separação de poderes e à independência deste último Poder.

Assim, a atribuição do Poder Legislativo de controlar o Poder Executivo é uma das principais competências outorgadas ao Parlamento pelas Constituições modernas. Porém, essa competência não pode ser estendida ao Poder Judiciário por meio de interpretação extensiva.

4 Considerações finais

O poder normativo do TSE é salutar para o bom desempenho da Justiça Eleitoral na condução das eleições no Brasil. Contudo, deve ser usado com supedâneo nas normas constitucionais e infraconstitucionais (*secundum legem*), ou para suprir eventual lacuna normativa (*praeter legem*), e não ao arrepio das leis (*contra legem*).

A atuação do TSE deve, portanto, ser regulamentar, e não reguladora, limitando-se apenas à execução da legislação eleitoral pátria, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, bem como incorrer em ativismo judicial nocivo à legitimidade democrática, quando a Justiça Eleitoral usurpa a competência legislativa reservada ao Congresso Nacional e atua como se legisladora positiva fosse.

Daí a necessidade, pois, da imposição de limites às resoluções eleitorais, podendo, inclusive, determinada resolução sofrer controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando se revestir de caráter geral e abstrato, constituindo-se, por conseguinte, em ato normativo primário.

Por fim, é cediço que a legislação eleitoral é obsoleta e reclama por uma urgente e necessária reforma política. Contudo, emprestando as palavras de Luís Roberto Barroso, tal reforma não pode ser feita por juízes.

5 Referências

ABBOUD, Georges. Juristocracia delegativa: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. *In*: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE; George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JUNIOR, Nelson. **Jurisdição e hermenêutica constitucional – em homenagem a Lenio Streck**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

AGRA, Walber de Moura. **Manual Prático das Eleições**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política**: a falácia da "judicialização da política" como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito Eleitoral Regulador**. 1 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunal, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 06.03.2019.

BRASIL. **Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 06.03.2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9504.htm. Acesso em: 10.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.999, Distrito Federal/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 12 de novembro de 2008. **Diário de Justiça eletrônico**, 17. abril 2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12 nov. 2014.

CABRAL, Francisco. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Schoba, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. Saraiva, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. A criação judicial do direito pela justiça eleitoral: um estudo sobre o seu poder normativo. *In*: FREITAS, Juliana Rodrigues; MACEDO, Elaine Harzheim (Coord.). **Jurisdição eleitoral e direitos políticos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: Cesupa, 2015.

MAIA, Clarissa Fonseca. **Jurisdição e soberania popular: uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a Justiça Eleitoral e o Congresso Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

NERY JUNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, jan./mar. 2016, p. 225-254.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. O ativismo e a judicialização: de como os números podem velar o fenômeno. *In*: MORAIS, José Luís Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães. **Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Conjur**, 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn6_7788. Acesso em: 1 abr. 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 8, p. 37-58, jan/jun 2012.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERBICARO, Loiane Prado. A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin. *In*: CONPEDI, Fortaleza. **Anais do XIV Congresso Nacional**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.