

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-212-5

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

OS LIMITES DA FUNÇÃO NORMATIVA NA JUSTIÇA ELEITORAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

THE LIMITS OF THE NORMATIVE FUNCTION IN THE ELECTORAL COURT AND THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS

Adriana Campos Silva ¹
Igor Bruno Silva De Oliveira ²

Resumo

O presente artigo discute os limites do poder normativo da Justiça Eleitoral. A partir da lição de Montesquieu sobre a separação dos poderes, aborda-se a aplicação de tal teoria na Constituição Brasileira de 1988 que estabelece que os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si. Objetivando contextualizar o dispositivo constitucional que prevê a harmonia entre os poderes com a previsão legal da função normativa da Justiça Eleitoral, o artigo aponta traços de ativismo judicial que se materializam na edição de resoluções que, as vezes, extrapolam os limites da mera regulação atingindo a competência de outros poderes

Palavras-chave: Separação dos poderes, Justiça eleitoral, Função normativa, Limites, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the limits of the normative power on Electoral Court. From a brief about Montesquieu's theory of the separation of the powers, the study focus is the question of separation of powers in the Brazilian Constitution of 1988 which sets out that powers must be independent and harmonious among themselves. Aiming to contextualize the constitutional requirement of harmony between the powers and also the legal provisions of the normative function of electoral court, the study points judicial activism which materializes in resolutions that sometimes cross the legal limits of regulation and invade the competence of other powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Electoral court, Normative function, Limits, Judicial activism

¹ Doutora em Direito Constitucional com ênfase em Direito Eleitoral. Mestre em Direito Econômico. Professora da Pós-Graduação e da Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais

² Mestrando em Direitos Políticos e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Gestão de Empresas pela Fundação Dom Cabral. Advogado atuante na seara eleitoral.

1 INTRODUÇÃO

Com o fim do estado absolutista e o advento do iluminismo, o Estado, por influência de pensadores como Montesquieu e outros, passou a se organizar de forma mais democrática o que pode ser observado através da separação dos poderes.

Muito embora o poder seja único, dividiu-se a atribuições/funções estatais entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Tais poderes devem conviver em harmonia, isto é, devem desempenhar suas funções obedecendo os limites constitucionalmente impostos.

No Brasil não é diferente. A Magna Carta estabelece a separação dos três poderes que devem conviver em harmonia.

Dentre os diversos atos emanados pelo Poder Judiciário, consitiu interesse do presente estudo, a função normativa da Justiça Eleitoral, que tem sido objeto de discussões doutrinárias e judiciais.

A Justiça Eleitoral é encarregada de organizar e controlar todo o processo eleitoral, seja na seara administrativa, seja na seara judicial. Ao permitir a criação de instruções normativas para a administração e gerenciamento das eleições, o legislador concedeu importante ferramenta à Justiça Eleitoral que, quando mal utilizada, pode redundar no chamado ativismo judicial.

O exercício dessa competência normativa vinha sendo realizado sem maiores questionamentos desde os seus primórdios, entretanto, nos últimos anos, se observa que a amplitude dessa atividade foi deveras alargada.

Até a promulgação da Constituição de 1988, tais instruções normativas limitavam-se, praticamente, a regulamentar a legislação eleitoral, viabilizando a sua execução, e a interpretá-la, definindo seu sentido e alcance.

Todavia, na última década, a função normativa da Justiça Eleitoral, não raras vezes, ultrapassa as fronteiras e limites do Poder Judiciário para inovar em matéria legislativa, desrespeitando o princípio da separação dos poderes.

Para análise da questão, utiliza-se como metodologia a revisão bibliográfica e análise de dados constantes em outros estudos específicos, bem como o posicionamento jurisprudencial capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Serão abordados os fundamentos históricos do princípio da sepração dos poderes, bem como a forma em que tal princípio está insculpido na Constituição da República de 1988.

Objetivando melhor compreensão do tema, serão trazidos à baila os conceitos de cada uma das funções da Justiça Eleitoral, destacando-se obviamente sua função normativa.

Por fim, será realizada uma análise crítica ao ativismo judicial eleitoral.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS

O tema da separação de poderes é considerado um candente tópico da doutrina clássica. Célebres obras foram escritas ao longo da história objetivando criar teorias para limitar o poder absoluto dos governantes.

Para Silva (2005, p. 106), o poder é um fenômeno sociocultural, isto é, trata-se de um fato da vida social. Pertencer a um grupo social é admitir que esse grupo pode exigir determinada conduta e impor certos limites para alcançar os fins perseguidos.

O conceito de separação de poderes designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser denominados como funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. (KELSEN, 2000, p. 385)

Além do escopo de tentar impor limites, a ideia de separação de poderes buscava uma maior eficiência do Estado pois sempre se acreditou que descentralização do poder traria bons resultados para a coletividade.

Muito embora existam relatos históricos de que outros pensadores¹ escreveram sobre os limites do poder absoluto, é com a “Teoria da Separação dos Poderes” de Montesquieu que se passou a ter a denominação moderna de Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, como sendo três esferas independentes de deliberação que devem conviver em constante harmonia.

Em seu livro *O Espírito das Leis* o renomado pensador desenvolve a tese da separação dos poderes ou da Tripartição dos Poderes do Estado, objetivando limitar o poder absolutista do Estado.

Montesquieu (2008, p. 216) ensinou que “para formar um Governo Moderado, precisa combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro”.

¹ O primeiro relato concreto que se tem da separação dos poderes parte de Aristóteles que em sua obra “A política” nomeou as atribuições do Estado como sendo judiciais, deliberativas executivas. Locke, por sua vez denominou as funções como sendo legislativas, executivas e federativas. Outro autor que deu importante contribuição para o tema foi Maquiavel que em sua obra “O Príncipe” apontou a existência de três poderes distintos no estado francês: o Executivo (O rei), o Legislativo (Parlamento), e o Judiciário autônomo.

Acerca da importância da obra Montesquieu, Temer leciona:

O mérito da doutrina, especialmente de Montesquieu, no seu O Espírito das Leis, não foi o de propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis. O valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos ‘freios e contrapesos’ a que alude a doutrina americana. (TEMER, 2012, p. 121)

A respeito dos ensinamentos de Montesquieu, cite-se, também, a lição de Kildare Gonçalves Carvalho:

Para Montesquieu, há três Poderes: o Poder Legislativo, que o de fazer leis, por um certo tempo ou para sempre, de corrigir ou ab-rogar as existentes; o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, isto é, de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões; o poder de julgar ou o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que se traduz no poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares. (CARVALHO, 2010, p.181)

Dallari (2012, p. 218) lembra que o sistema de separação dos poderes deu origem à construção doutrinária do “sistema de freios e contrapesos” segundo o qual os atos praticados pelo Estado podem ser gerais ou especiais.

Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos de agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. Existindo abusos por qualquer dos poderes aparece a figura do Poder Judiciário para fiscalizar e impor limites. (DALLARI, 2012, p. 218)

Foi através da utilização dessa teoria que o Estado passou a dividir suas funções, outorgando competências diferenciadas aos órgãos estatais, acabando com o absolutismo dos governos.

O Iluminismo é o movimento ocorrido no século XVIII, na Europa, que retrata o questionamento dos dogmas que regiam o “antigo regime”. Dentre outros questionamentos dos pensadores da época, interessa ao estudo pincelar algumas considerações da passagem do

Estado Absolutista para o Estado Liberal, eis que tais ensinamentos influenciaram os nossos textos constitucionais.

2.1 O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em nosso país, as Constituições sempre consagraram a tripartição dos poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Exceção a essa regra foi a Constituição de 1824 que previa a existência de um quarto poder chamado de Poder Moderador, exclusivo ao Imperador para solucionar eventual querela envolvendo os interesses dos outros poderes.

O artigo 98 daquela Constituição² dizia que o poder estava delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Atualmente, a organização dos poderes está insculpida na Carta Magna de 1988 em seu título IV. Pode-se dizer que a nossa Constituição prevê o “Sistema de Freios e Contrapesos”. A separação dos poderes não é absoluta, cada poder além de exercer suas competências típicas tem a obrigação de fiscalizar as competências dos outros.

Michel Temer preconiza que a expressão “tripartição dos poderes” é equivocada. Para o autor, o poder é *uno* e é atribuído ao Estado. A distinção existente é entre os órgãos que irão desempenhar as funções. (TEMER, 2012, p.120)

Em suma, como concretização da Teoria da Separação dos Poderes ou Teoria da Tripartição dos Poderes, a Constituição Brasileira de 1988, estabelece, em seu artigo 2º, que os Poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, o que significa que, para a existência de uma verdadeira democracia, os órgãos estatais devem atuar de forma independente, sem conflitos ou subordinação, com a finalidade de assegurar o bem comum de todos.

3 COMPETÊNCIAS OU ATRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

² Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

A Justiça Eleitoral é um ramo do Poder Judiciário o qual classicamente se classifica como justiça especializada³.

O art. 22, I da CF/88 é claro ao dispor que compete privativamente a União legislar acerca do direito eleitoral pátrio, e tal fato se justifica com intuito de se manter a unidade nacional e o Estado Federado, impedindo a criação de direitos dispares o que enfraqueceria a União e frustraria a soberania federal.

Basicamente, a CF/88 dispõe que a Justiça Eleitoral tem uma estrutura⁴ formada por um órgão recursal extraordinário⁵ (Tribunal Superior Eleitoral –TSE), órgãos ordinários recursais (Tribunais Regionais Eleitorais de cada Estado-Federado mais o Distrito Federal) e órgãos ordinários⁶ (juízes e juntas eleitorais).

Adriano Soares da Costa afirma de forma acertada que os órgãos da Justiça Eleitoral são responsáveis pela organização, execução e controle do processo democrático de candidatos a mandatos eletivos, mas não há que por assim confundir que tal justiça está submetida ao executivo ou ao legislativo nacional. A Justiça Eleitoral está inserida na estrutura do Poder Judiciário conforme prescreve o art. 92, V da CF/88 e conta com total independência dos outros poderes a consecução de suas atividades, nos termos do disposto no art. 2º da CF/88. (COSTA, 2013, p. 271)

Além de suas atribuições ou competências judicantes, o TSE, assim como todo órgão administrativo brasileiro, possui funções administrativas referentes a organização de suas atividades fins (aplicação do direito eleitoral através das competências elencadas no art. 22, I, alíneas de “a” a “j” do CE), que são denominadas de atividades-meio, justamente por levarem a consecução das primeiras.

José Jairo Gomes caracteriza a função jurisdicional da Justiça Eleitoral como solução imperativa, de caráter definitivo. Com tal afirmação não é difícil se alcançar o entendimento que o TSE ou os TREs e até os juízes e juntas eleitorais quando atuam nos conflitos intersubjetivos que lhes são submetidos, afirmando os pressupostos legais em detrimento da

³ Diz-se que a justiça eleitoral, assim como a trabalhista e a militar, são específicas pelo fato de que se diferenciam tanto quanto ao procedimento, como pela composição de seus membros, da denominada justiça comum. Tal classificação deriva do próprio texto constitucional que em seu art. 118 a 121 da CF/88 traz a composição e a competência do órgão judicante eleitoral, assim como os art. 111 a 117 da CF/88 que trata da justiça trabalhista e os art. 122 a 124 da CF/88 da justiça militar.

⁴ O art. 118 da Lei Maior traz que a justiça eleitoral é formada pelo TSE, TREs, Juízes e Juntas eleitorais.

⁵ A denominação recursal extraordinária deriva do fato que o art. 121, §4º da CF/88 traz a excepcionalidade de se recorrer das decisões dos TREs, salvo nos casos dispostos na Lei Maior, sendo assim o TSE é uma instância recursal limitada a hipóteses descritas e sendo assim torna-se recursal extraordinária.

⁶ A denominação órgão ordinário deriva do fato de que em regra, salvo os casos de competência originária do STF, TSE, TRE, é de competência dos juízes eleitorais conhecer e julgar das demandas eleitorais em primeira instância, assim o sendo, eles são órgãos originários para decidir dos descontentamentos em matéria eleitoral.

vontade dos contentores, há uma clara atuação judicante e fim da Justiça Eleitoral. Sendo assim, sempre que houver conflito de interesses, que reclame decisão do órgão judicial para ser solucionado, estar-se-á diante de exercício de função jurisdicional. (GOMES, 2015, p. 70)

Elucidativo é o posicionamento de Edson de Rezende Castro no sentido de que a Justiça Eleitoral se diferencia de suas demais (justiças especializadas e da justiça comum) no que diz respeito ao fato de que sua atuação como órgão administrativo lhe impõe uma atuação proativa, e não inerte, pois seu objetivo maior é organizar todo o processo eleitoral nacional, o que ocorre independentemente de qualquer provocação de um legitimado. (CASTRO, 2014, p. 31)

O constituinte de 1988 delegou ao legislador ordinário⁷ a função de delimitar as atribuições da Justiça Eleitoral, como prevê o art. 121 da CF/88, como já afirmado. A novidade é que a Justiça Eleitoral, muito antes de se tornar ramo do judiciário nacional, já possuía a função precípua de organizar o pleito eleitoral⁸, tarefa administrativa que até hoje vem cumprindo.

Assim o sendo, o Juiz eleitoral, como salienta Edson de Rezende Castro, a todo tempo exerce sua função administrativa de fiscalização do processo eleitoral e desta forma deve antecipar ao surgimento do conflito, e até mesmo diligencie para que não haja o conflito, a experiência mostra que, quanto mais atento, diligente e eficiente for o Juiz Eleitoral nas atividades de administração do pleito, menores serão os conflitos enfrentados (CASTRO, 2014, p. 31).

O Juiz eleitoral, quando no exercício de sua função administrativa, exerce um comando normativo que é destinado diretamente para ele, magistrado, não induzindo a um conflito de interesses que exija a sua atuação judicante, como bem assevera Adriano Soares da Costa (COSTA, 2013, p. 285).

Na atuação de suas atribuições administrativas, como bem ensina José Jairo Gomes, o magistrado eleitoral não está investido apenas de força judicante, mas também, de poder de

⁷ O termo legislador ordinário aqui deve ser entendido como legislador pós-constitucional, editor de todos os tipos legislativos proposto no art. 59 da CF/88 (Emendas constitucionais, leis complementares, ordinárias, delegadas; decretos, e resoluções), e não meramente a edição de leis ordinárias.

⁸ Para tanto, remete-se o leitor ao segundo capítulo dessa obra que trata sobre o tema com maior profundidade.

polícia⁹¹⁰, que deve ser entendido como, um ato administrativo realizado por um Poder instituído na CF/88 com o fito de limitar ou disciplinar um direito, interesse ou liberdade, em razão do interesse, segurança, higiene, ordem ou costumes públicos. (GOMES, 2015, p. 69)

Além de suas atribuições ou competências judicantes, a Justiça Eleitoral possui outras que competências que a diferencia das demais, qual seja, a atribuição consultiva e a normativa em matéria eleitoral.

Quanto a competência consultiva assevera com razão José Jairo Gomes que o Poder Judiciário não é por definição um órgão de consulta, se pronunciando apenas em situações concretas a ele levadas pelas partes interessadas. Tal particularidade se deve ao fato que os interesses tutelados (sufrágio e alternância de poder) nas eleições dependem de orientação precisa para que o pleito não seja comprometido. (GOMES, 2015, p. 72)

A competência consultiva da Justiça Eleitoral compete tão somente aos TREs e ao TSE como dispõe respectivamente os art. 30, VIII e art. 23, XII e XVIII do CE.

Interessante é a ressalva levantada por Edson de Resende Castro no sentido de que as autoridades municipais podem propor consultas ao TRE, mas os partidos políticos deverão fazê-lo por meio do diretório estadual ou regional, já que a Lei 9.096/95, em seu art. 11, “confere representação aos dirigentes municipais apenas perante o Juiz Eleitoral da respectiva jurisdição”. (CASTRO, 2014, p. 42)

José Jairo Gomes ainda bem ensina que a resposta não tem caráter vinculante, contudo, pode, e orienta a atuação dos órgãos da Justiça Eleitoral, podendo inclusive ser fundamento para uma decisão em âmbito judicante ou administrativo. (GOMES, 2015, p. 73)

De tudo dito pode-se sintetizar a competência consultiva como uma atribuição concedida, pelo CE, aos Tribunais Eleitorais de serem consultados por consulentes legitimados acerca da matéria eleitoral, não vinculada a um caso concreto, com o fito do jurisdicionado tomar conhecimento da posição do Tribunal acerca do tema em tese lhe proposto, para que o

⁹ O TSE já entendeu que umas das formas da justiça eleitoral exercer seu poder de polícia é quando manda que o candidato remova sua propaganda eleitoral por mera notificação, ou seja, “não se exige que o beneficiário da propaganda irregular realizada em bem de uso comum seja citado (após, portanto, o ajuizamento da representação) para que proceda à sua retirada, bastando que seja previamente notificado pela Justiça Eleitoral no exercício do poder de polícia (art. 37, § 1º, da Lei 9.504/97” – TSE, AgR AI nº 4947/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/05/2015.

¹⁰ No Direito Positivo, colhe-se a definição constante do artigo 78 do Código Tributário Nacional, que reza: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

pleito corra na sua mais tranquila sobriedade e independência, requeridas pela democracia participativa.

Por fim, a última competência da Justiça Eleitoral é externada através de seu poder regulador que, de acordo com art. 23, IX, do CE, é concedida apenas ao TSE, e isto se explica pelo fato dele ser o órgão de “cúpula” desta justiça, cabendo então a ele regular todas as questões eleitorais pendentes para o total exercício do direito de sufrágio.

É o que dispõe o art. 23, XVIII¹¹ do CE, ao dispor que cabe ao TSE “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

Como síntese, afirma-se que as competências da Justiça Eleitoral são subdivididas em quatro áreas de atuação, judicante, administrativa, consultiva e normatizadora, tudo com o fito de se dar melhor aplicação e fiel cumprimento ao direito de sufrágio do titular brasileiro desta garantia, o cidadão.

4 OS LIMITES LEGAIS DA CRIAÇÃO DAS RESOLUÇÕES ELEITORAIS

A Magna Carta de 1988, por sua vez, no inciso I do de seu artigo 22, prevê que compete, à União, privativamente legislar sobre direito eleitoral.

Todavia, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias existe a previsão de que, na ausência de norma legal específica, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral editar as normas necessárias à realização das eleições de 1988, respeitada a legislação vigente (artigo 5º, § 2º, ADCT)

Na seara eleitoral, o legislador do CE de 1965, conhecendo da importância da Justiça Eleitoral e da volatilidade da política nacional, já dispensou logo no parágrafo único do art. 1º do Código a disposição de que o Tribunal Superior Eleitoral editaria Instruções com o intuito de se cumprir fielmente as disposições eleitorais.

Edson de Resende Castro elucida que as instruções do TSE são fonte segura para os aplicadores do Direito Eleitoral, uma vez que, unem a legislação em vigor com a jurisprudência mais recente do Tribunal, incluído as consultas a ele dirigido. (CASTRO, 2014, p. 42)

Sobre o alcance do teor da resoluções eleitorais, é importante destacar a lição de Manoel Castro de Almeida Neto a respeito do teor das resoluções eleitorais:

¹¹ O TSE na Resolução nº 22931/2008, entendeu que o Tribunal Superior Eleitoral é competente para tomar as providências necessárias à execução da legislação eleitoral, e quanto a esta competência, “diz respeito especificamente ao seu poder normativo, não se enquadrando nessa hipótese controle prévio de ato ainda não editado”.

As resoluções eleitorais devem ser expedidas segundo a lei (*secundum legem*) ou para suprimir alguma lacuna normativa (*praeter legem*), jamais devem contrariar uma lei (*contra legem*), ou mesmo inovar em matéria legislativa, sob pena de invalidação do ato regulamentar. (ALMEIDA NETO, 2014, p. 173)

Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge lecionam que as Resoluções Eleitorais não precisam respeitar o princípio da anualidade¹² justamente porque o seu teor deve ser de acordo com alguma lei preexistente:

“O princípio da anterioridade da lei eleitoral está expresso no texto constitucional, e, em especial no art. 16 [...]. Na verdade, se bem analisado, o referido princípio nada mais é do que um desdobramento do princípio da soberania popular, da democracia e da segurança e estabilidade do processo eleitoral. Por intermédio deste princípio está assegurada a preservação das regras do jogo eleitoral depois de ele ter iniciado. Evita-se que uma lei nova altere regras do processo eleitoral comprometendo a estabilidade, a igualdade e a segurança da democracia representativa. Evita, portanto, com um ano de antecedência, casuísmos e surpresas legislativas em prol da segurança e equilíbrio do processo eleitoral. Certamente que o texto constitucional direciona a sua ordem proibitiva ao Congresso Nacional que é o competente para legislar em matéria eleitoral (art. 22, I, da CF/88), de forma que a regra não alcança as Resoluções do TSE que apenas dão fiel cumprimento às leis eleitorais. Assim, as resoluções do TSE podem continuar a serem expedidas no ano eleitoral como, aliás, autoriza o art. 105 da Lei 9.504/97. (RODRIGUES; JORGE. 2014, p. 132)

No que diz respeito a impossibilidade e inovações através de Resoluções, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 637.485, através de voto relatado pelo Ministro Gilmar Mendes ratificou a sua impossibilidade:

MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma

¹² No direito eleitoral e processual eleitoral o princípio mais fundamental é o da anualidade eleitoral consagrado no art. 16 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC nº4/93, que dispõe a lei eleitoral que alterar o processo eleitoral não se aplicará à eleição que ocorra naquele ano, tão somente no ano seguinte de sua vigência. Assim, fica claro que a lei que altere o processo eleitoral brasileiro tem vigência imediata, ou após período de *vacatio legis* estipulado em seu texto, mas sua eficácia fica contida a aplicação no ano seguinte de sua publicação. Sobre o tema, José Jairo Gomes afirma que “essa restrição tem em vista impedir mudanças casuísticas na legislação eleitoral que possam surpreender os participantes do certame que se avizinha, beneficiando ou prejudicando candidatos” com o acréscimo de que “também visa propiciar estabilidade, previsibilidade e, pois, segurança jurídica acerca das normas a serem observadas”. (GOMES, 2015, p. 250)

participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. III. REPERCUSSÃO GERAL. Reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais atinentes à [...] (2) retroatividade ou aplicabilidade imediata no curso do período eleitoral da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que implica mudança de sua jurisprudência, de modo a permitir aos Tribunais a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada. IV. EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Recurso extraordinário provido para: [...] (2.2) as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. (BRASIL, 2013)

Acerca de sua forma de manifestação, o poder normativo e regulamentar da Justiça Eleitoral pode aparecer de diversas formas: “instruções” nos feitos de natureza administrativa; “resoluções”; consultas, regimentos, provimentos, portarias. (ALMEIDA NETO, 2014, p.123)

No que toca às resoluções, tanto a doutrina majoritária quanto o Tribunal Superior Eleitoral entendem que essas possuem força de lei.

O Tribunal Superior Eleitoral ao analisar essa competência entendeu que suas Resoluções possuem força de Lei Ordinária – REspe nº 1.943/1952¹³.

Para Manoel Carlos de Almeida Neto as resoluções normativas por possuírem conteúdo de ato abstrato, genérico e impessoal têm força de lei em sentido material, podendo inclusive ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade no STF. (ALMEIDA NETO, 2014, p.149)

Por sua vez, José Jairo Gomes, esclarece que ter força de lei não significa que goza do mesmo prestígio delas, só possuem a mesma eficácia geral e abstrata, mas são hierarquicamente inferiores a Lei Ordinária, devido ao princípio da legalidade estrita (art. 5º, II, da CF/88), pelo que ninguém é compelido a realizar nada, se não em virtude de lei, ainda que as resoluções pretorianas do TSE tem importância no Direito Eleitoral em prática. (GOMES, 2015, p. 72)

¹³ “As resoluções do TSE, facultadas nos arts. 12, 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”.

Assim sendo, para que o TSE edite suas resoluções é necessária a existência de uma norma anterior sobre o tema para que ele apenas a regulamente e regule-a, atribuição do legislador federal.

5 AS RESOLUÇÕES ELEITORAIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O exercício do poder normativo é uma das mais sensíveis e importantes funções desempenhadas pela Justiça Eleitoral pois tem sido recorrentes os casos em que ao se editar uma resolução seu texto inova em matéria legislativa.

A edição das recentes edições de resoluções que versaram acerca da verticalização das coligações e sobre infidelidade partidária são alguns exemplos de abusos do poder normativo e de quebra da separação dos poderes.

Sete meses antes das eleições de 2002, o TSE enfrentou a Consulta Eleitoral nº 715 e definiu que os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição presidencial não poderiam formar coligações para Governador, Senador e para Deputado com outros partidos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato a eleição presidencial. Em seguida foi editada a Resolução nº 20.933 que inovou no ordenamento jurídico positivando entendimento que não dispunha de correspondente legal, criando assim a denominada verticalização das coligações.

A partir da resposta ofertada à Consulta nº 1382 - que não deveria ter efeito vinculante – o TSE através da criação da Resolução nº 22.526/2010 (infidelidade partidária) respondeu ao clamor popular que se sentia incomodado com o “troca-troca de partidos” e passou a criar hipótese de perda de mandato eletivo para o parlamentar que trocasse de partido, contrariando o próprio entendimento do STF externado nos Mandados de Segurança nº 20.927 e 23.405 no sentido de que infidelidade partidária não causava a perda de mandato por falta de previsão no art. 55 da CF/88. Logo em seguida, foi editada a Resolução nº 22.610 que dispunha acerca do processo de perda do cargo efetivo por infidelidade partidária

Toda vez que isso acontece, a Justiça Eleitoral passa excercer a não autorizada função de legislador positivo incorrendo em casos de ativismo judicial.

Embora não seja objeto principal do presente estudo, urge salientar que o ativismo judicial eleitoral não está presente apenas na edição de resoluções eleitorais.

Com a judicialização da vida (BARROSO, 2010, p. 389) o processo de escolha democrática dos representantes do povo tem sido jurisdicionalizado cada vez mais.

Há casos em que mais de uma eleição suplementar foi realizada, por determinação judicial, num verdadeiro episódio de “terceiro e quarto turnos” da eleição.

As ações judiciais eleitorais que visam a perda do mandato eletivo, tem suas peculiaridades. A imparcialidade das testemunhas e até mesmo do magistrado é questionada. Tanto as testemunhas como o Juiz Eleitoral estão atuando em processo cuja sentença pode produzir efeitos sobre eles, ainda que indiretos, e não necessariamente jurídicos.

O depoimento prestado e a caneta do magistrado vão escolher quem deve ou quem não deve ser o representante do povo – na maioria das vezes – do local onde residem.

Luiz Antonio Corona Nakamura destaca que esse fenômeno retira dos cidadãos o poder de escolher seus representantes. O autor afirma que, quanto maior a intervenção do judiciário no processo eleitoral, mais intensos e frequentes são os pontos de interseção entre as instituições e os órgãos eleitorais, fato que, tal como a politização da justiça, nem sempre tem efeitos saudáveis ao sistema (CORONA NAKAMURA, 2009,p.137).

Tais peculiaridades agravam, sobremaneira, os efeitos do ativismo judicial no campo eleitoral.

Sobre o tema ativismo judicial, cumpre elucidar que nos Estados Unidos existem autores que o defendem como via legítima de transformação política.

David Dow ao sustentar que o ativismo judicial faz uma América melhor expõe que alguns críticos do protagonismo do judiciário acabaram por ignorar a “sabedoria dos profetas”, segundo ele, os próprios juízes. Para o autor, a expressão ativismo judicial tem significado semelhante ao de profecia. (ALMEIDA NETO, 2014, p.176 *apud* DOW, 2009, p. 10)

Nada mais equivocado. A própria história norte-americana diz o contrário. Tomando-se como exemplo a histórica luta contra o racismo percebe-se que sob o ângulo das mudanças sociais a pessoa de Martin Luther King tem mais importância histórica do que qualquer decisão inovadora da Suprema Corte Americana.

Sabe-se que passados dez anos da decisão da Suprema Corte que declarou inconstitucional a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas (caso Brown contra o Conselho de Educação), não mais do que 1,2% das crianças negras do sul frequentavam escolas integradas. Esse quadro só veio a mudar radicalmente com o envolvimento do Congresso e do Poder Executivo na causa. (ALMEIDA NETO, 2014, p.177)

A inépcia, a omissão e a desorganização dos demais poderes (legislativo e executivo) não podem ser utilizadas como fundamento para a ativismo judicial.

Por mais ilustres, letrados, bem preparados e bem intencionados que sejam os “nossos profetas” a invasão nas atribuições de outros poderes enfraquece a democracia, em especial os princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Os fins – não – justificam os meios. Assim como um erro não justifica o outro. Tais bordões são plenamente aplicáveis ao presente estudo.

O caminho para o fortalecimento da democracia é outro. O fortalecimento das instituições passa, necessariamente, por uma maior cobrança na eficiência dos atos praticados pelos membros dos poderes executivo e legislativo. O equilíbrio dos poderes não pode ser quebrado, independente dos motivos que levam à edição de resoluções eleitorais inovadoras.

A democracia agradece.

6 CONCLUSÃO

A Constituição brasileira adota a ideia da separação de poderes que deverão conviver de forma harmônica e independente.

A escolha do legislador constituinte de que a Justiça Eleitoral seria o órgão destinado à concretização da democracia explica suas públicas competências (normativa, consultiva, administrativa e jurisdicional).

A Justiça Eleitoral é considerada uma justiça especializada cuja competência está inserida nas atribuições do poder judiciário.

Dentre as atribuições da justiça eleitoral, destaca-se a sua função normativa que, através da edição de resoluções visa aclarar a legislação eleitoral com o fito de organizar as eleições de forma mais transparente e eficaz.

Não obstante tal importância, por vezes seus atos normativos mitigam a segurança jurídica, ferem o princípio da separação dos poderes e surpreendem os atores do processo eleitoral (candidatos, partidos, advogados e até mesmo os próprios juízes) com determinações inovadoras que alteram o processo eleitoral durante o seu curso ou modificam entendimentos para situações semelhantes ocorridas em um mesmo pleito.

Os abusos praticados na elaboração de resoluções que inovam na seara normativa, além de se tratar de ativismo judicial, mitiga o princípio da separação dos poderes.

As resoluções eleitorais somente devem ser expedidas de acordo com a lei preexistente e para suprir eventuais lacunas normativas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v1 p. 389-406, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 1943/1952. **Publicado em sessão**. Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 1952. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/Inteiro%20Teor>>. Acesso em: 05 de abril de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução Eleitoral nº 20.933. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 de fevereiro de 2002.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução Eleitoral nº 22.526. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 25 de outubro de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução Eleitoral nº 22.610. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 15 de dezembro de 2007.

BRASIL. Código Eleitoral. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 de abril de 2016.

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 637.485. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 de maio de 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 16ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral**. 7. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CERQUEIRA, Thales Tácito. CERQUEIRA, Camila Albuquerque. **Direito eleitoral esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011

CORONA NAKAMURA, L. A. *La justicia electoral en el sistema constitucional mexicano*. 1 ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco. México: Instituto “Prisciliano Sánchez”, Universidad de Guadalajara, 2009.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral: teoria da inelegibilidade; direito processual eleitoral**. Vol. 1. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOWN, David R. *America's prophets: how judicial activism makes America great*. Wastport: Praeger, 2009.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: As formas de governo, a Federação, a divisão dos Poderes. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. **Manual de direito eleitoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.