



SENADO FEDERAL
UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO - UNILEGIS

ROBERTO DA ROCHA FRAGOSO

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, O LEGISLADOR AUTÔNOMO:
Limites ao poder regulamentar da Justiça Eleitoral

Brasília – DF

2008

**Universidade do Legislativo
Brasileiro – Unilegis**

**Universidade Federal de
Mato Grosso do Sul - UFMS**

ROBERTO DA ROCHA FRAGOSO

**TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, O LEGISLADOR AUTÔNOMO:
Limites ao poder regulamentar da Justiça Eleitoral**

**Trabalho final apresentado para
aprovação no curso de pós-
graduação lato sensu em Direito
Legislativo realizado pela
Universidade do Legislativo Brasileiro
e Universidade Federal de Mato
Grosso do Sul como requisito para
obtenção do título de especialista em
Direito Legislativo**

**Orientador: Luiz Fernando Bandeira
de Mello Filho**

Brasília – DF

2008

**TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, O LEGISLADOR AUTÔNOMO:
Limites ao poder regulamentar da Justiça Eleitoral**

**Trabalho de Conclusão do Curso de
Especialização em Direito Legislativo realizado
pela Universidade do Legislativo Brasileiro no 2º
semestre de 2007 e no 1º semestre de 2008.**

Aluno:

Roberto da Rocha Fragoso

Banca Examinadora:

Orientador

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Avaliador

Bruno Dantas

Brasília, 06 de dezembro de 2008

AGRADECIMENTOS

**A Deus, por me dar a vontade e a
força para tentar crescer cada vez mais**

**A meu irmão Rodrigo Fragoso, por
ser sempre meu exemplo, meu melhor amigo**

**A meus pais, Regina e Rafael, por me
ensinarem desde cedo o valor do estudo**

**Ao Senado Federal, por incentivar,
acreditar e investir na capacitação do servidor**

**E aos ouvintes da Rádio Senado,
por me darem motivo, todos os dias,
para continuar questionando**

“Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim o exercício do poder de negociação ou o do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional.”

Norberto Bobbio

RESUMO

O Tribunal Superior Eleitoral, no uso de suas atribuições para organizar o processo eleitoral, exerce na prática o papel de legislador, invadindo a competência legislativa do Congresso Nacional. O principal instrumento utilizado nesta atribuição de criar normas jurídicas – chamada de poder regulamentar – são as resoluções do tribunal. Estas podem tanto derivar de instruções sobre as eleições – definindo, por exemplo, prazos e requisitos para alistamento eleitoral, votações e diplomação dos eleitos – como de consultas feitas por autoridades federais, como deputados, senadores e diretórios nacionais de partidos políticos. As resoluções têm efeito de lei federal e podem criar novas normas jurídicas, a até mesmo inverter pela via da interpretação o sentido de leis vigentes. É o caso, por exemplo, do julgamento da corte sobre as coligações partidárias, que criou o instituto da verticalização; além da resolução que limitou o número de vereadores de acordo com a faixa populacional de cada cidade; e ainda da que instituiu a fidelidade partidária, permitindo aos partidos recobrar judicialmente os mandatos de seus desertores. O Congresso Nacional agiu, nesses casos, no intuito de reformar as decisões do tribunal com a aprovação de normas hierarquicamente superiores às resoluções do TSE. Agora, estuda uma forma de limitar o poder regulamentar da maior corte eleitoral do país.

Palavras-chave: fidelidade partidária; poder regulamentar; Tribunal Superior Eleitoral; vereadores; verticalização.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA	14
2.1. EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL	14
2.2. ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL	18
2.3. COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA ELEITORAL	20
2.4. O DIREITO ELEITORAL	21
2.4.1. Princípios do Direito Eleitoral	23
2.5. FONTES DO DIREITO ELEITORAL	27
3. O PODER LEGIFERANTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	29
3.1. O PODER REGULAMENTAR	29
3.2. AS RESOLUÇÕES DO TSE	31
3.3. A HIERARQUIA DAS NORMAS	34
3.4. A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ELEITORAL	39
3.4.1. Interpretação: o papel do intérprete das leis	41
4. A VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES ELEITORAIS	45
4.1. GÊNESE DA VERTICALIZAÇÃO	46
4.2. REAÇÕES À RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	49
4.3. O DEBATE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	53
5. A PEC DOS VEREADORES E A FIDELIDADE PARTIDÁRIA	58
5.1. A REDUÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES	58
5.2. A FIDELIDADE PARTIDÁRIA	63
5.3. LIMITES À ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	69
6. CONCLUSÕES	72
BIBLIOGRAFIA	80

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), instância maior do Judiciário em matéria eleitoral, é dotado de poder normativo, chamado de poder regulamentar, capaz de criar normas jurídicas com efeito de lei. Essa capacidade foi conferida pela legislação para permitir ao órgão jurídico maior da Justiça Eleitoral cumprir sua atribuição de organizador do processo das eleições. A cada pleito, é dever da corte preparar, realizar e apurar as eleições.

Suas atribuições envolvem expedir instruções sobre todas as etapas do processo eleitoral, que engloba o alistamento eleitoral; o registro e a cassação do registro de candidatos; a divisão eleitoral do País (se não estiver disciplinada em lei); a fixação da data das eleições (também quando não prevista em lei ou na Constituição); o julgamento das impugnações dos registros de partidos ou de candidaturas e dos casos de inelegibilidade; a fiscalização da propaganda eleitoral; o julgamento de crimes eleitorais; e a expedição de diplomas aos eleitos.

Também compete ao Tribunal Superior Eleitoral dirimir dúvidas de autoridades com jurisdição federal – como deputados, senadores e diretórios nacionais de partidos políticos – sobre a legislação eleitoral. Essas consultas, bem como as instruções sobre o procedimento das eleições, são respondidas por meio de resoluções do TSE, que têm força de lei federal conferida pela jurisprudência.

Quando se trata de regular o processo eleitoral, as resoluções complementam a legislação existente com instruções – na sua maioria com efeito temporário, já que são relativas ao pleito que antecedem. Já as resoluções que respondem a consultas têm o poder de complementar e de dar novo sentido à lei pela interpretação, praticamente criando nova norma jurídica – norma permanente, pois não é vinculada a um calendário eleitoral. Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral age como legislador, motivando em mais de uma ocasião reação do Congresso Nacional, por meio da apresentação de propostas com objetivo único de reverter as decisões do tribunal. Esse tipo de confronto levanta dúvidas sobre a verdadeira extensão do poder legiferante da corte; sobre se esta invade a competência do Legislativo ao exercer seu poder regulamentar; e sobre como esse tipo de excesso por parte do Judiciário eleitoral pode ser evitado.

O tema é de suma importância, uma vez que o Direito Eleitoral é em si o principal mecanismo garantidor da representação popular expressa na Constituição

Federal. É por meio dele que se define o processo pelo qual o poder que emana do povo é de fato exercido, por meio da escolha dos seus representantes. Se a carta magna delega ao Legislativo a competência para criar o Direito Eleitoral, este Legislativo deve ter preferência como fonte primária deste ramo do Direito sobre outros órgãos geradores de normas jurídicas.

Não há como se negar o impacto que mudanças nas regras das eleições têm sobre o processo e sobre a disputa eleitoral. Três episódios, em especial, merecem destaque, tanto pelo alcance prático das decisões do Tribunal Superior Eleitoral quanto pela medida da reação do Poder Legislativo, que iniciou – e em um dos casos, chegou a concluir – a análise de propostas cujo único propósito era o de modificar, ou mesmo anular, os efeitos das resoluções.

O primeiro caso é o da resolução do Tribunal Superior Eleitoral que criou a regra da verticalização nas eleições, quando a partir de uma interpretação da Lei 9.504/97, o tribunal proibiu coligações partidárias entre partidos nos estados e nos municípios que fossem diferentes da coligação adotada para a eleição presidencial. A decisão foi tomada em fevereiro de 2002, a oito meses das eleições daquele ano. Isso suscitou um grande debate sobre a subordinação das resoluções do TSE à Constituição, que expressa o princípio da anualidade. O Congresso Nacional analisou e aprovou uma emenda constitucional que teve cunho exclusivo de reverter essa decisão.

Outro caso foi a resolução do Tribunal Superior Eleitoral, de 2004, que extinguiu mais de 8 mil e 500 assentos nas câmaras municipais em todo o país, a seis meses das eleições municipais daquele ano. O Parlamento aprovou uma proposta de emenda à Constituição destinada a fixar um critério para definir os números de vereadores de cada cidade de acordo com a faixa populacional, o que recria a maior parte das vagas de vereadores extintas pelo TSE quatro anos antes.

O terceiro episódio foi a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que estabeleceu que a titularidade dos mandatos eletivos é dos partidos, e não dos eleitos. O efeito prático da decisão foi que legendas puderam ingressar na Justiça para reaver a vaga de mandatários de cargos eletivos que mudaram de partido, o que instituiu no Brasil a chamada fidelidade partidária, tema que nunca obteve consenso dentro do Legislativo. O assunto é objeto de projeto de lei complementar que regulamenta a perda de mandato de políticos que mudarem de partido, atualmente em discussão no Congresso Nacional. Na regulamentação, é aberto um

período de um mês antes do fim do prazo da filiação partidária, um ano antes das eleições, para a mudança de legenda.

Dentro desse projeto de lei complementar, o legislador incluiu artigo com o objetivo de limitar os poderes do Tribunal Superior Eleitoral para expedir resoluções, proibindo a criação de novas normas jurídicas a partir da interpretação. A proposta ainda está em discussão no Legislativo.

Este estudo se propõe a verificar se no exercício do poder regulamentar o Tribunal Superior Eleitoral de fato legisla, invadindo a competência do Parlamento, e se há hipertrofia da corte eleitoral diante da capacidade legislativa do Congresso Nacional em matéria eleitoral.

São ainda objetivos específicos desta pesquisa conferir se, nestes casos em que no uso de seu poder normativo o Tribunal Superior Eleitoral cria nova norma jurídica, está este amparado na lei; ou seja, se está no exercício normal de suas atribuições – previstas pela legislação eleitoral – ou se extrapola estas funções.

Também é meta dessa pesquisa classificar as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, definindo que lugar ocupam no ordenamento jurídico. Se têm força de lei mas se sobressaem hierarquicamente a normas editadas pelo Congresso, é preciso entender que grau conservam, na prática, na hierarquia normativa brasileira.

Caso se confirme que a corte se excede na avaliação das leis eleitorais, o estudo se propõe ainda a conferir se é factível a mudança da legislação, por meio de lei complementar, tratando de limites à atuação do Tribunal Superior Eleitoral. Ou se tal iniciativa violaria o princípio constitucional da separação dos poderes.

Para se chegar a esses objetivos, serão pesquisadas a legislação eleitoral – constitucional e infraconstitucional –, a doutrina e a jurisprudência. A legislação eleitoral compreende basicamente dispositivos da Constituição Federal, o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90) e a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95). É preciso revisar a legislação para aferir quais são, formalmente, as atribuições da Justiça Eleitoral e do Tribunal Superior Eleitoral; e que dispositivos conferem à maior corte eleitoral brasileira seu poder regulamentar. Além de verificar se sua área de atuação é limitada e, caso o seja, quais são os limites impostos a este poder de editar normas jurídicas do TSE.

A doutrina é especialmente relevante quando se trata de discutir em que

medida o Judiciário Eleitoral pode editar normas sem usurpar as atribuições do Legislativo. Devem-se buscar na ciência jurídica posições contrárias e favoráveis ao uso do poder regulamentar pelo Tribunal Superior Eleitoral, que apontem a evolução desse tipo de norma editada pela corte e sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

Também é essencial estudar a história da Justiça Eleitoral, sua organização, suas competências, e as fontes e princípios do Direito Eleitoral. Há vasta bibliografia sobre o Direito Eleitoral brasileiro, e escolhemos as obras mais utilizadas – entre elas as dos autores Djalma Pinto, Marcos Ramayana, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira e Joel J. Cândido – que em suas edições mais recentes já abordam o poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral e os casos mais polêmicos em que seu exercício criou normas jurídicas, mencionados nesta pesquisa.

Outra vertente teórica que precisa ser estudada é a da hierarquia das normas, conceito elaborado pelo jurista Hans Kelsen e discutido por vários outros autores de renome, como J. J. Gomes Canotilho e Norberto Bobbio. Se as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral têm força de lei, é preciso enquadrá-las dentro do ordenamento jurídico. Isso exige o estudo da teoria do escalonamento do sistema de leis, que separa as normas em diferentes graus hierárquicos. É importante destacar que as resoluções do TSE não existem sozinhas, fora de um contexto jurídico, mas fazem parte e derivam do ordenamento jurídico brasileiro.

Estes juristas também tocam em outro tópico de fundamental importância para o esclarecimento do papel desempenhado pelo Tribunal Superior Eleitoral na solução de dúvidas quanto à legislação eleitoral: o papel do aplicador das normas jurídicas na interpretação das leis. Até onde a abstração do texto legal permite uma mudança e até mesmo a completa inversão no sentido de uma lei por meio da interpretação – como aconteceu de fato em casos que serão abordados neste estudo, como o da verticalização nas eleições? Deve-se explicitar em que consiste a tarefa do Tribunal ao interpretar a legislação. A bibliografia também será usada para diferenciar sistemas jurídicos de acordo com a fonte principal do Direito – os tribunais ou o Poder Legislativo – e demonstrar se no caso da Justiça Eleitoral a jurisprudência ocupa igual ou maior importância como fonte de Direito que as leis positivadas.

O estudo envolve também a pesquisa da jurisprudência do Tribunal Superior

Eleitoral nos casos em que as resoluções tiveram efeito prático de lei. Em especial, os acórdãos do TSE sobre as matérias sob julgamento e, no caso da verticalização, também os acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou recursos impetrados por representantes da classe política contra as decisões da corte eleitoral.

A pesquisa foi dividida em seis capítulos, sendo o primeiro esta introdução. No segundo capítulo, a pesquisa aborda as bases históricas e jurídicas da Justiça Eleitoral, bem como sua estrutura e suas competências. A idéia é contextualizar as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral a partir da evolução da legislação eleitoral, passando pelas funções e competências do TSE e dos demais órgãos da Justiça Eleitoral como organizadores e mantenedores do processo eleitoral. O capítulo trata ainda do Direito Eleitoral, em especial a definição deste ramo específico do Direito, sua área de atuação, seus princípios e suas fontes.

No terceiro capítulo, a pesquisa trata especificamente do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, com objetivo de verificar sua origem e legitimidade. Nesta parte, procuramos ainda definir a natureza jurídica das resoluções do tribunal, e seu enquadramento no ordenamento jurídico. Em especial, qual amparo legal encontram as resoluções do TSE; e se seus efeitos materiais ultrapassam a função originariamente prevista na legislação. Faz-se, ainda, exposição sobre a hierarquia das normas e sobre o papel do intérprete da lei ao aplicar uma norma geral em um caso concreto.

Os dois capítulos seguintes estudam os casos concretos em que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral causou mudanças substanciais na aplicação prática da legislação eleitoral e, portanto, materialmente criou nova norma jurídica. Procuramos averiguar a forma como o instrumento das resoluções é usado no caso de consultas sobre a lei vigente, além dos efeitos da interpretação na legislação e que efeito normativo carregam as resoluções. No quarto capítulo, esmiuçamos a gênese da verticalização a partir de interpretação da Lei das Eleições. É preciso avaliar todo o histórico com especial atenção, pois foi o primeiro caso em que o Congresso Nacional concluiu a votação de proposta apresentada com o objetivo exclusivo de reverter a decisão do Tribunal Superior Eleitoral. Pesquisamos desde os acórdãos do TSE sobre a primeira consulta, que motivou a criação da verticalização, passando pelos questionamentos à resolução, pela discussão da Emenda Constitucional no Congresso Nacional e chegando, por fim, aos acórdãos do Supremo Tribunal

Federal quando esta corte julgou a aplicação da emenda às eleições do ano em que foi promulgada.

O capítulo seguinte é dedicado ao estudo de outros casos em que o Legislativo agiu no intuito de reformar as decisões do Tribunal Superior Eleitoral: a resolução que reduziu o número de vereadores no País; e as que instituíram a fidelidade partidária, ou seja, o direito de partidos retomarem pela via jurídica o mandato de políticos que mudaram de legenda depois de eleitos.

Discutimos também nesse ponto proposta em análise no Congresso que tem o objetivo de limitar o poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, restringindo sua atuação normativa à organização do processo eleitoral e limitando, assim, sua capacidade para produzir normas jurídicas pela via da interpretação. O último capítulo é dedicado às considerações finais.

2. A JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

2.1. EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL

A Justiça Eleitoral é um ramo especializado da Justiça Federal. Ela foi criada por decreto (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932), o primeiro Código Eleitoral brasileiro, na primeira fase do governo Getúlio Vargas. A criação da Justiça Eleitoral está intimamente ligada à revolução de 30 e aos anseios da sociedade por mudanças, exigindo a moralização no poder e na escolha dos governantes. Por isso mesmo, a Justiça Eleitoral esteve sempre associada a uma busca pela moralidade eleitoral, evitando fraudes, abusos e tentativas de influenciar o resultado das eleições.

A Revolução de 1930 teve como um de seus principais princípios a moralização do sistema eleitoral. Em consequência, um dos primeiros atos do governo provisório foi a criação de uma comissão de reforma da legislação eleitoral, cujo trabalho resultou no primeiro Código Eleitoral do Brasil.

O processo eleitoral, no entanto, não começou a ser utilizado no Brasil apenas no século XX. A participação da sociedade – mesmo que limitada a uma reduzida parcela – esteve presente no território brasileiro praticamente desde a descoberta do país, uma herança dos colonizadores portugueses.

As eleições não são uma experiência recente no país. O livre exercício do voto surgiu em terras brasileiras com os primeiros núcleos de povoadores, logo depois da chegada dos colonizadores. Foi o resultado da tradição portuguesa de eleger os administradores dos povoados sob domínio luso. Os colonizadores portugueses, mal pisavam a nova terra descoberta, passavam logo a realizar votações para eleger os que iriam governar as vilas e cidades que fundavam. Os bandeirantes paulistas, por exemplo, iam em suas missões imbuídos da idéia de votar e de serem votados. Quando chegavam ao local em que deveriam se estabelecer, seu primeiro ato era realizar a eleição do guarda-mor regente. Somente após esse ato eram fundadas as cidades, já sob a égide da lei e da ordem (TSE, História das Eleições no Brasil).

As eleições locais, para as chamadas governanças, foram realizadas desde o início da colonização até a Independência do Brasil. A Independência forçou o país a buscar o aperfeiçoamento de sua legislação eleitoral, até então baseada principalmente no modelo francês. Pressões populares e o crescimento econômico do país tornaram inevitável a participação de representantes brasileiros nas decisões da corte, e em 1821, foram realizadas eleições gerais para escolher os deputados

que iriam representar o Brasil em Portugal.

Em 1822, foi assinada a primeira lei eleitoral, que convocou eleições para a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, formada pelos deputados das províncias. Em 25 de março de 1824, D. Pedro I outorgou a primeira Constituição brasileira. A carta estabeleceu que o Poder Legislativo passaria a ser exercido pela Assembléia Geral – formada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado –, determinou eleições indiretas e em dois graus, e estabeleceu o voto censitário e a verificação dos poderes.

O sistema durou até a Proclamação da República, em 1889, que inaugurou um novo período da legislação eleitoral brasileira, inspirada em modelos norte-americanos.

Durante os 300 anos em que o Brasil foi província de Portugal, a legislação eleitoral foi sempre uma só: o Código Eleitoral da Ordenação do Reino. Nesses três séculos, a vida política do Brasil foi autêntica, relativamente ao sistema eleitoral. Essa autenticidade foi quebrada pela influência francesa e norte-americana, respectivamente, no Império e na República. Os dias que estamos vivendo parecem indicar uma volta à autenticidade: o desejo de um povo de possuir uma legislação eleitoral própria, adaptada às suas necessidades (FERREIRA, 2005, p. 325).

Uma das primeiras tarefas da constituinte eleita em 15 de setembro de 1890 foi dar respaldo ao governo provisório, promulgando a Constituição de 1891 e elegendo Deodoro da Fonseca. A primeira Constituição Republicana criou o sistema presidencialista, em que o presidente e o vice-presidente deveriam ser eleitos pelo voto direto da população; atribuiu ao Congresso Nacional a regulamentação do processo eleitoral para os cargos federais em todo o país e aos estados a legislação sobre eleições estaduais e municipais.

A maioria dos autores que estudam a evolução das leis eleitorais divide o período republicano em dois: da Proclamação da República, em 1889, até a Revolução de 1930; e desta, até os dias de hoje (CÂNDIDO, 2006, p. 32). Isso porque na 1ª República a legislação continuou esparsa e ainda influenciada, mesmo que sensivelmente, pelas regras aplicadas às eleições no tempo do Império. Uma das causas dessa divisão é que “o segundo período republicano foi o período das grandes codificações eleitorais, documentos que centralizavam em si a vontade do Estado em matéria eleitoral básica, fenômeno legislativo que não ocorreu antes da Revolução de 30 (Idem, p. 33)”.

O marco dessa revolução em matéria eleitoral, o código de 1932 (Decreto nº

21.076, de 24 de fevereiro de 1932), criou a Justiça Eleitoral, que passou a ser responsável por todos os trabalhos ligados à organização das eleições – incluindo as fases de alistamento, organização das mesas de votação, apuração dos votos, reconhecimento e proclamação dos eleitos. Além disso, o Código Eleitoral regulou em todo o País as eleições federais, estaduais e municipais.

No Código Eleitoral de 1932 foi criada a Justiça Eleitoral; o voto feminino; a representação proporcional; o voto secreto em cabina indevassável; o sufrágio era universal e direto; a eleição era direta e em dois turnos; domicílio eleitoral era de livre escolha do eleitor; delegou-se à lei especial para os casos de inelegibilidades; todas as eleições eram reguladas pelo Código; o eleitor era parte legítima para a ação penal; a competência para processar e julgar os crimes eleitorais era do Tribunal Regional e aos juízes incumbia apenas a preparação dos processos ou a instrução, desde que expressamente para tal designados; o prazo prescricional de qualquer crime eleitoral era de 10 anos (CÂNDIDO, 2006, p. 40).

Em 1934, a Justiça Eleitoral criada no Decreto nº 21.076/32 teve sua existência inscrita na Constituição Brasileira. Isso durou apenas até 1937, quando foi outorgada uma nova Constituição extinguindo a Justiça Eleitoral, abolindo os partidos políticos, suspendendo as eleições livres e estabelecendo eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos. O Estado Novo, sustentado por aquela carta magna, durou até 1945, quando Getúlio Vargas anunciou eleições gerais. A oposição e a cúpula militar se articularam e deram o golpe de 29 de outubro de 1945, destituindo Getúlio. Com a redemocratização, um novo código eleitoral foi elaborado, no mesmo ano.

O Código Eleitoral de 1945 trouxe como grande novidade a exclusividade dos partidos políticos na apresentação dos candidatos. Criou ainda, com essa denominação, o Tribunal Superior Eleitoral, para atuar como órgão máximo da Justiça Eleitoral. O nome anterior, do Código Eleitoral de 1932, era Tribunal Superior da Justiça Eleitoral.

Em 1946, uma nova Constituição foi elaborada, e a Justiça Eleitoral foi incluída entre os órgãos do Poder Judiciário. As regras do processo eleitoral ficaram a cargo da Justiça Eleitoral, em especial do seu órgão máximo, o Tribunal Superior Eleitoral, até o golpe de 64.

No período entre a deposição de João Goulart (1964) e a eleição de Tancredo Neves (1985), a legislação eleitoral sofreu uma sucessão de mudanças por meio de atos institucionais e emendas constitucionais, além de leis e decretos-leis. Tais instrumentos foram usados pelo Regime Militar para conduzir o processo eleitoral de

maneira a adequá-lo aos seus interesses, visando estabelecer a ordem preconizada pelo movimento de 64 e obter maioria favorável ao governo. A primeira eleição de um presidente civil neste regime foi indireta, por meio de um colégio eleitoral, e elegeu Tancredo Neves. Ele faleceu antes de tomar posse, e seu vice-presidente, José Sarney, assumiu o cargo em 1985.

A Constituição de 1988 estabeleceu a eleição em dois turnos para os cargos de presidente da República e de governador, além do voto facultativo para os analfabetos e para os maiores de dezesseis anos. Assegurou, ainda, autonomia aos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e definiu a estrutura da Justiça Eleitoral dentro do Poder Judiciário.

A hodierna Constituição tratou, dentro da organização do Poder Judiciário, dos tribunais e juízes eleitorais, além de atribuir ao Ministério Público e, especialmente, ao Ministério Público Eleitoral (art. 127) a defesa do regime democrático (...) Conclusivamente, podemos afirmar que o aprimoramento das eleições no Brasil, ou seja, do processo eleitoral, englobando as fases de alistamento, votação, apuração e diplomação dos eleitos, só poderá atingir um nível elevado com a educação do homem político e a ampla fiscalização das eleições pelo órgão do Ministério Público que, juntamente com os partidos políticos e candidatos, formam, de modo notável, um mecanismo legal e eficaz na prevenção e repressão das fraudes e corrupção eleitoral, possuindo a Justiça Eleitoral a imparcialidade necessária ao deslinde das questões eleitorais (RAMAYANA, 2008, p. 15).

Entre as transformações sofridas desde então pela Constituição em matéria eleitoral, podem-se destacar o princípio da anualidade (Emenda Constitucional nº 4/93), a redução para quatro anos do mandato presidencial (Emenda Constitucional de Revisão nº 5/94), e a reeleição dos chefes do Executivo (Emenda Constitucional nº 16/97).

Para evitar os casuísmos, tão comuns no período anterior, a Emenda Constitucional 04, de 14 de setembro de 1993, estabeleceu que a lei que alterar o processo eleitoral somente será aplicada um ano após sua vigência. A emenda constitucional de Revisão 05, de 07 de junho de 1994, reduziu para quatro anos o mandato presidencial, e a Emenda Constitucional 16, de 04 de junho de 1997, permitiu a reeleição dos chefes dos executivos federal, estadual e municipal, para um único período subsequente, sem prever a desincompatibilização, o que causou perplexidade na Doutrina eleitoral brasileira. Com a aprovação da Lei 9.504, em 30 de setembro de 1997, o legislador pretendeu dar início a uma nova fase em que a normatização das eleições seja duradoura, sem casuísmos e oportunismos, que enfraquecem a democracia e a livre escolha do eleitor (CERQUEIRA, 2004, pp. 32-33).

Atualmente, as normas que compõem a legislação eleitoral brasileira encontram-se na Constituição Federal de 1988 e nos seguintes dispositivos: Lei nº

4.737/65 (Código Eleitoral); Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições); Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades) e Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos). Além disso, devem ser observadas, anualmente, as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

2.2 ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 118, define que a Justiça Eleitoral é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelos juízes eleitorais e pelas juntas eleitorais.

O TSE tem sede em Brasília e jurisdição nacional. Os Tribunais Regionais Eleitorais têm sede nas capitais dos estados e do Distrito Federal e jurisdição na unidade da Federação à qual pertencem. Os juízes e juntas eleitorais correspondem às zonas eleitorais, que podem abranger um ou mais municípios, ou parte de um deles.

A atual Constituição se afastou pouco, na definição da estrutura da Justiça Eleitoral, do modelo elaborado pelas constituições anteriores. O órgão máximo da Justiça Eleitoral é o Tribunal Superior Eleitoral, composto de no mínimo sete juízes, sendo três eleitos entre os ministros do Supremo Tribunal Federal (obrigatoriamente, um ocupa a presidência e outro a vice-presidência do TSE); dois eleitos entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça (um deles será o Corregedor Eleitoral); e dois nomeados pelo presidente da República, entre seis advogados indicados em lista sêxtupla elaborada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para cada ministro, é eleito um substituto, escolhido pelo mesmo processo. Cada ministro é eleito para um biênio, sendo proibida a recondução após dois biênios consecutivos. Essa vedação tem o objetivo de manter o caráter apolítico dos tribunais eleitorais, de modo a garantir a isonomia nos processos eleitorais.

Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça (C.F.).

Existe um Tribunal Regional Eleitoral para cada estado e para o Distrito Federal, que funcionam em suas respectivas capitais. Cada Tribunal Regional Eleitoral é formado por sete juízes, dentre os quais dois são eleitos entre os desembargadores do Tribunal de Justiça (que ocuparão a presidência e a vice-presidência do TRE) e dois entre os juízes de direito pelo TJ. Um é juiz do Tribunal Regional Federal, dois são juízes de direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça e dois, juízes nomeados pelo presidente da República, entre uma lista sêxtupla elaborada pelo Tribunal de Justiça.

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º - O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente- dentre os desembargadores (C.F.).

No primeiro grau de jurisdição, há os juízes eleitorais, cuja função é desempenhada pelos juízes de direito (LC 35/79, art. 11, caput), designados na forma do art. 32, parágrafo único, do C.E. O código dispõe que “cabe a jurisdição de cada uma das Zonas Eleitorais a um Juiz de Direito em efetivo exercício e, na falta deste, ao seu substituto legal que goze das prerrogativas do art. 95 da Constituição. Parágrafo único. Onde houver mais de uma Vara, o Tribunal Regional designará aquela ou aquelas, a que incumbe o serviço eleitoral”.

Outro órgão da Justiça Eleitoral é a junta eleitoral. As juntas são formadas por um juiz de direito com função eleitoral, e de dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade, cuja nomeação é aprovada pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Pode-se observar que a Justiça Eleitoral não conta com quadro próprio de magistrados, uma vez que estes são chamados de outras áreas do Judiciário, para período determinado, pelo art. 121 da Constituição Federal, em seu § 2º, que dispõe que os juízes dos tribunais eleitorais têm mandato de no mínimo dois anos e nunca por mais de dois biênios consecutivos.

2.3. COMPETÊNCIAS DA JUSTIÇA ELEITORAL

A função principal da Justiça Eleitoral é preparar, realizar e apurar as eleições. Suas atribuições perduram por todo o processo eleitoral, que engloba o alistamento eleitoral; o registro e a cassação do registro de candidatos; a divisão eleitoral do país (se não estiver disciplinada em lei); a fixação da data das eleições (também quando não prevista em lei ou na Constituição); o julgamento de impugnações de registros partidários ou de candidaturas e das arguições de inelegibilidade; a fiscalização da propaganda eleitoral; o julgamento de crimes eleitorais; e a expedição de diplomas aos eleitos.

A Justiça Eleitoral possui sua destinação diretamente vinculada à garantia dos direitos de votar e ser votado, assegurando o pleno exercício da cidadania em suas diversas manifestações (...) Cumpre, portanto, à Justiça Eleitoral a nobre missão de resguardar a democracia e o Estado Democrático, nos moldes do disposto no art. 1º e incisos da Constituição Federal, efetivando, praticamente, a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político como princípios fundamentais trilhados pelo legislador-constituente (RAMAYANA, 2008, p. 76).

Ao contrário de outros ramos da Justiça, como a Federal, a Trabalhista e a Militar, que trazem na própria Constituição seu universo de atuação, no caso da Justiça Eleitoral a carta magna se limita a prever – no art. 121, caput – lei complementar para definir sua organização e competência. De acordo com a doutrina (RAMAYANA, 2008, p. 88), são várias as competências da Justiça Eleitoral, que envolvem questões de natureza administrativa, como a organização administrativa das zonas eleitorais – locais destinados à votação, apuração, funcionários e o próprio alistamento eleitoral de natureza declaratória administrativa.

O autor lembra que a competência da Justiça Eleitoral se restringe às fases elencadas pela doutrina majoritária, que entende que à Justiça Eleitoral compete processar e julgar causas que estejam compreendidas entre o alistamento e a diplomação dos candidatos eleitos. Ainda, por força de ação de natureza constitucional, que é a ação de impugnação ao mandato eletivo (C.F., art. 14, § 10), possui competência para decidir essas ações, que são ajuizadas no prazo de até 15 dias contados da diplomação. Fora desse prazo legal, não há mais competência da Justiça Eleitoral, devendo as questões a partir de então serem dirimidas pela Justiça Comum (RAMAYANA, 2008, p. 89).

Desempenha especial papel na organização do processo eleitoral o Tribunal Superior Eleitoral, instância maior do Judiciário eleitoral, que tem ainda o poder regulamentar, que lhe dá a competência para complementar as leis em matéria eleitoral. Órgão máximo da Justiça Eleitoral, o TSE tem suas principais competências fixadas pela Constituição Federal e pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65). É de sua responsabilidade, entre outras atribuições, coordenar os trabalhos eleitorais em todo o país, julgar recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, expedir instruções para tornar factível a execução da lei eleitoral e do Código Eleitoral e responder às consultas sobre matéria eleitoral.

2.4. O DIREITO ELEITORAL

Antes de definir o papel do Tribunal Superior Eleitoral como formulador de normas jurídicas no escopo da legislação que rege as eleições, é preciso primeiro definir qual é a área de atuação do Direito Eleitoral e quais suas peculiaridades, em especial em que difere dos outros ramos do Direito brasileiro.

O Direito Eleitoral é o conjunto das normas que têm como foco o processo de escolha dos representantes da população, desde suas fases iniciais até o início do exercício efetivo do mandato.

Conceitua-se a eleição como um efetivo processo em que o cidadão, previamente alistado e, portanto, titular da capacidade eleitoral ativa, por intermédio do voto, manifesta sua vontade na escolha de um representante ou em uma proposta que se faz apresentar pelos poderes públicos políticos. (...) Desta forma, podemos conceituar o Direito Eleitoral como ramo do Direito Público que disciplina o alistamento eleitoral, o registro de candidatos, a propaganda política eleitoral, a votação, apuração e diplomação, além de regularizar os sistemas eleitorais, os direitos políticos ativos e passivos, a organização judiciária eleitoral, dos partidos políticos e do Ministério Público dispondo de um sistema repressivo penal especial (RAMAYANA, 2008, p. 26-27).

É, portanto, o ramo do Direito responsável pela normatização de todas as regras que regem o processo eleitoral, desde a criação dos partidos, até a investidura no mandato, passando pelo ingresso do cidadão no corpo eleitoral para a fruição dos direitos políticos, o registro das candidaturas, a propaganda eleitoral e o processo eletivo (PINTO, 2008, p. 14). Assim também o define Joel J. Cândido (CÂNDIDO, 2006, p. 27), que considera que, apesar da dificuldade tácita em se conceituar qualquer disciplina jurídica, é possível afirmar que “o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos

e das eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado”.

Aponta Thales Cerqueira que o Direito Eleitoral é a garantia da seriedade do processo eleitoral, seja no comando das eleições, evitando abusos; seja na preservação de direitos e garantias pela fixação de diretrizes claras, fundamentadas em lei. Entende-se esse ramo do Direito, portanto, como o instrumento que assegura que o princípio constitucional da representação popular (C.F., art. 1º, parágrafo único), que expressa que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, seja respeitado.

O Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público (Direito Constitucional) que visa o direito ao sufrágio, a saber, o direito público subjetivo de natureza política que confere ao cidadão a capacidade eleitoral ativa (de eleger outrem – direito de votar – alistabilidade) e capacidade eleitoral passiva (de ser eleito – elegibilidade), bem como o direito de participar do governo e sujeitar-se à filiação, à organização partidária e aos procedimentos criminais e cíveis (inclusive regras de votação, apuração etc.) e, em especial, à preparação, regulamentação, organização e à apuração das eleições (CERQUEIRA, 2004, p. 35).

É o Direito Eleitoral que, em última instância, delimita o caminho do acesso ao poder político, no âmbito do qual todas as decisões são tomadas, interferindo estas na vida de cada cidadão. “Somente pela via do Direito Eleitoral alguém chega, legitimamente, ao exercício do poder político” (PINTO, 2008, p. 6). Isso porque os ocupantes dos cargos eletivos não podem ser escolhidos sem uma regra pré-estabelecida, ou sem o “devido processo legal eleitoral”, compreendido como a garantia concedida ao cidadão-eleitor pela Constituição Federal de que “o resultado das eleições seja consequência de um processo eleitoral incólume” (MENDES, Gilmar, ADI 3685-8/DF).

Seu objetivo primordial é disciplinar a escolha, pelo povo, dos ocupantes dos cargos eletivos. Cumpre, pois, ao Direito Eleitoral viabilizar o exercício da soberania popular, regulando a disputa pela conquista do mandato a ser exercido em nome dos cidadãos.

As normas eleitorais, em consequência, têm como meta defender o direito da maioria dos eleitores de escolher os representantes do povo, por isso esse ramo do Direito abrange regras que versam sobre a proibição do postulante ao mandato, a preservação da igualdade na disputa eleitoral e a normalidade no processo de

escolha. Não pode, no entanto, interferir na livre escolha, posto que a autoridade para definir quem vai comandar as esferas de governo é exclusivamente do eleitor. Cabe ao Direito Eleitoral unicamente garantir a igualdade de acesso aos cargos públicos – permitindo a alternância de grupos políticos no poder, princípio basilar de sistemas democráticos. Isso é possível graças a mecanismos que asseguram a lisura na disputa, e a exclusão dos candidatos que venham a macular o processo eletivo com ações que configuram fraude ou abuso do poder econômico ou político.

O principal desses mecanismos é a uniformidade das regras eleitorais em todo o País, resultado da competência privativa da União de legislar sobre Direito Eleitoral (C.F., art. 22, I). Essa competência privativa é fundamental para a segurança do processo de escolha dos governantes. A multiplicidade de competência para o disciplinamento da matéria poderia acarretar conseqüências desastrosas, como dúvidas sobre os critérios locais para votação e apuração dos votos, como foi o caso da eleição presidencial norte-americana em 2000, quando o presidente George W. Bush ganhou a eleição graças às regras eleitorais da Flórida, estado então governado por seu irmão Jeb Bush (PINTO, 2008, p. 14-15). A eleição foi decidida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, num claro exemplo do perigo de difusão da competência legislativa no Direito Eleitoral.

2.4.1. Princípios do Direito Eleitoral

O Direito Eleitoral conta com princípios próprios, sob os quais opera, à parte dos princípios de outros ramos do Direito. São, de acordo com o jurista Marcos Ramayana, o princípio da lisura nas eleições, o princípio do aproveitamento do voto, o princípio da celeridade da Justiça Eleitoral, o princípio da devolutividade dos recursos, o princípio da preclusão instantânea, o princípio da anualidade, o princípio da responsabilidade solidária entre candidatos e partidos políticos, o princípio da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral e o princípio da moralidade eleitoral (RAMAYANA, 2008, p. 35-64).

O princípio da lisura nas eleições determina que toda atuação da Justiça Eleitoral, do Ministério público, dos partidos políticos e candidatos, inclusive do eleitor, deve se pautar na preservação da isenção e da seriedade das eleições, para evitar práticas que tenham cunho de adulterar o resultado do pleito. Já pelo princípio do aproveitamento do voto, a Justiça Eleitoral deve evitar decidir pela anulação de

votos e urnas a não ser que haja suspeição de fraude que possa jogar dúvidas sobre a regularidade do processo eleitoral, valorizando assim a soberania popular, a apuração dos votos e a diplomação dos eleitos.

O princípio da celeridade estabelece que as decisões eleitorais devem ser imediatas, evitando-se postergar o julgamento para fases posteriores à data da diplomação. Isso porque sua área de atuação diz respeito ao processo eleitoral, praticamente finalizando com a diplomação dos eleitos. Por isso, a morosidade nas decisões pode levar a um mandato ilegítimo, o que acarreta danos à democracia e aos eleitores, prejudicados em seu direito de escolher seus governantes. Configuram verdadeiras exceções os casos que possam demandar um julgamento após a posse. A devolutividade dos recursos é outro princípio da Justiça Eleitoral. Os recursos eleitorais, em regra, possuem apenas efeito devolutivo, o que significa que eles não carregam efeito suspensivo. Enquanto o tribunal não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, o eleito poderá exercer o mandato em toda a sua plenitude (o que reafirma a necessidade de celeridade nas decisões). Já o princípio da preclusão instantânea prevê que, após o voto, não se admite impugnação devido à identidade do eleitor, considerando a consumação do ato do sufrágio como o marco da preclusão.

O princípio da anualidade, expresso na Constituição Federal em seu art. 16, determina que toda lei que alterar o processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e diplomação) deverá ser publicada pelo menos um ano antes da data da eleição, ou não será considerada válida para aquele pleito. Vale destacar que existe uma exceção no Direito Eleitoral: a regra, válida para todo tipo de norma jurídica gerada pelo legislador, não se aplica a determinados instrumentos normativos do Tribunal Superior Eleitoral. Isso porque o TSE possui o poder normativo, ou seja, o poder de regulamentar as eleições.

A Lei das Eleições permite que as decisões decorrentes do poder normativo da corte eleitoral maior do País, como resoluções sobre o registro de candidatos, propaganda política eleitoral, apuração e totalização dos votos e prestação de contas, por exemplo, sejam expedidas até o dia 5 de março do ano da eleição. As resoluções eleitorais, portanto, não estão sujeitas ao princípio da anualidade, em matéria constitucional eleitoral.

Esse tema tem gerado controvérsias, pois não está claro, positivado na legislação, qual o limite de atuação das decisões da corte eleitoral, que se tornam

passíveis de contestação judicial (junto ao Supremo Tribunal Federal).

Outro princípio do Direito Eleitoral é o da responsabilidade solidária entre candidatos e partidos políticos. Se a responsabilidade é solidária, tanto os partidos políticos (pessoas jurídicas de Direito Privado) quanto os candidatos (pessoas físicas) devem responder igualmente por abusos e excessos no processo eleitoral, nas esferas cível, administrativa eleitoral e penal.

O princípio da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral corresponde à afirmação expressa no art. 121, § 3º, da Constituição Federal: “São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança”. O Código Eleitoral reafirma esse princípio, no seu art. 281.

Art. 281. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança, das quais caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, interposto no prazo de 3 (três) dias (C.E.).

Por último, há o controverso princípio da moralidade eleitoral, que a Constituição Federal traz em seu art. 14, § 9º.

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

O TSE entendeu que se faz necessária uma lei complementar para explicitar quais casos ensejam a imoralidade eleitoral para fins de inelegibilidade nos termos da Constituição Federal (TSE - Súmula nº 13 e Acórdão de 20.9.2006, no RO nº 1.069 – “Não é auto-aplicável o § 9º, art. 14, da Constituição”). Isso porque sem a devida regulamentação, a exclusão de candidatos ou o impedimento da diplomação caracterizaria simplesmente julgamento de exceção, sumário, da vida pregressa do candidato. A Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/90), prevista na Constituição para tratar de impedimentos à posse em cargos eletivos, não aborda a chamada moralidade eleitoral, trata apenas de inelegibilidades criminais.

Um dos princípios mais importantes do Direito Eleitoral é o princípio da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (C.F. art. 121, § 3º). É o princípio que define a autoridade do tribunal como corte máxima eleitoral, que dá

palavra final sobre os temas que julga. Ao mesmo tempo, esse princípio lhe dá a estatura de que dispõe no papel de agente positivador do Direito Eleitoral, uma vez que é sua responsabilidade dar a última palavra sobre questões concretas e também estabelecer regras gerais para as disputas eleitorais.

Lembra Joel J. Cândido que o princípio da irrecorribilidade foi mantido por todas as constituições brasileiras, desde 1946. Em decorrência dele, hoje são raros os recursos cabíveis contra as decisões dessa corte. O autor lista seis tipos de recursos próprios para a Justiça Eleitoral, além do Habeas Corpus e do Mandado de Segurança em matéria eleitoral (CÂNDIDO, 2006, pp. 252-256).

São aplicáveis no caso de contestação de decisões do máximo tribunal eleitoral brasileiro os recursos inominados, os embargos de declaração, a revisão criminal, o agravo, o recurso ordinário e o recurso extraordinário (estes dois últimos devem ser interpostos no Supremo Tribunal Federal, e se aplicam a casos onde a decisão do Tribunal Superior Eleitoral for de primeira instância, preservando-se assim o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição).

O recurso inominado é interposto para o próprio Tribunal Superior Eleitoral, quando se trata de questionar atos, resoluções ou despachos do seu presidente. Está previsto no art. 264 do Código Eleitoral e seu prazo é de três dias a contar da ciência da decisão impugnada. O processo e o julgamento deste recurso são disciplinados pelo Regimento Interno da corte eleitoral.

Outra forma de contestação são os embargos de declaração, previstos no art. 280 do Código Eleitoral. São admitidos quando há no acórdão “obscuridade, dúvida ou contradição”, ou ainda omissão de ponto sobre o qual o Tribunal deveria se pronunciar. É interposto no próprio órgão que emitiu o acórdão sob questionamento.

É também cabível contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral o recurso da Revisão Criminal – regulado no Código de Processo Penal no título “Dos Recursos em Geral” –, que só se aplica a matéria eleitoral criminal. É interposto para o próprio Tribunal Superior Eleitoral. Há também possibilidade de se recorrer a um agravo, que só cabe no Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que for negado seguimento a Recurso Ordinário ou Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

O Recurso Extraordinário é uma exceção ao princípio da irrecorribilidade das decisões do TSE, tanto para matéria extrapenal como para processos criminais passíveis de pena de reclusão. A diplomação, por sua natureza eminentemente jurisdicional, obrigatória e contenciosa, enseja – nos casos de eleição para

presidente e vice-presidente da República, que são de competência originária do Tribunal Superior Eleitoral, em decisão de única instância – o Recurso Extraordinário.

Já o Recurso Ordinário, previsto no art. 181 do Código Eleitoral, poderá ser interposto das decisões do Tribunal Superior Eleitoral que denegarem Habeas Corpus ou Mandato de Segurança.

CAPÍTULO IV

DOS RECURSOS NO TRIBUNAL SUPERIOR

Art. 280. Aplicam-se ao Tribunal Superior as disposições dos arts. 268, 269, 270, 271 (caput), 272, 273, 274 e 275.

Art. 281. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança, das quais caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, interposto no prazo de 3 (três) dias.

§ 1º Juntada a petição nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes, os autos serão conclusos ao Presidente do Tribunal, que, no mesmo prazo, proferirá despacho fundamentado, admitindo ou não o recurso.

§ 2º Admitido o recurso, será aberta vista dos autos ao recorrido para que, dentro de 3 (três) dias, apresente as suas razões.

§ 3º Findo esse prazo, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal.

Art. 282. Denegado o recurso, o recorrente poderá interpor, dentro de 3 (três) dias, agravo de instrumento, observado o disposto no art. 279 e seus parágrafos, aplicada a multa a que se refere o § 6º pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º, do CPC, ao agravo de instrumento para o STF em matéria eleitoral (C.E.).

2.5. FONTES DO DIREITO ELEITORAL

Integram o Direito Eleitoral todas as normas que regulam a aquisição, o exercício e a perda dos direitos políticos, bem como as que disciplinam a criação dos partidos políticos e o acesso ao poder pela via do voto.

Essas normas estão dispostas na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990; no Código Eleitoral – Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 –; na Lei nº 4.410, de 24 de setembro de 1964, que instituiu prioridade para os feitos eleitorais; Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974, dispondo sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dia de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais; na Lei nº 6.999, de 7 de junho de 1982, autorizando a requisição dos servidores públicos pela Justiça Eleitoral; na Lei dos Partidos Políticos, nº 9.096, de 19 de setembro de 1995; na Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que disciplina as eleições no Brasil, com as alterações da Lei nº 11.300/06; em diversas outras leis ordinárias e nas resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, no exercício do seu poder normativo previsto no parágrafo único do art. 1º e no art. 23, IX, do

Código Eleitoral.

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

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

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

.....

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (C.E.).

O Direito Eleitoral tem, mais do que as outras disciplinas, o Direito Constitucional como sede principal de seus institutos e fonte imediata e natural de seus principais preceitos (CÂNDIDO, 2006, p. 26). Por essa razão, remete diretamente a preceitos e princípios constitucionais, o que causa certo grau de abstração e confere uma margem grande de complementariedade aos tribunais. Entre as fontes do Direito Eleitoral destacam-se a lei, os princípios de Direito, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, a doutrina e a jurisprudência.

Ainda como fontes diretas do Direito eleitoral, aparecem a lei, exclusivamente federal (CF, art. 22, I), assim como as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (CE, art. 1º, parágrafo único e art. 23, IX), que têm força de lei ordinária (Acórdão nº 823, de 10.7.1952 (Recurso no 1.943, Iraí, RS), TSE, Rel. Min. Pedro Paulo Penna e Costa, publicado em sessão, in BE-TSE 13/15-16). Como fonte indireta, apontam-se as disciplinas jurídicas ditadas, de onde surgem, com frequência, regras de incontestável aplicação no Direito Eleitoral (CE, arts. 20, caput; 287 e 364), bem como a jurisprudência dos tribunais e a doutrina eleitorais (CÂNDIDO, 2006, pp. 26-27).

3. O PODER LEGIFERANTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício de suas atribuições, em especial de seu poder regulamentar, age como formulador de normas jurídicas em matéria eleitoral. O Código Eleitoral estabelece uma série de competências privativas da corte eleitoral (C.E., art. 23), entre elas as de definir suas regras internas de funcionamento, como seu Regimento Interno; propor a criação de Tribunal Regional em territórios; fixar a data de plebiscitos e referendos; e aprovar a divisão dos estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas.

O código confere ainda à corte eleitoral máxima do País a competência para responder sobre matéria eleitoral às consultas feitas por autoridades com jurisdição federal ou órgãos nacionais de partidos políticos; para expedir as instruções que julgar “convenientes à execução” do próprio Código Eleitoral; e para tomar “quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

A lei dota, portanto, o Tribunal Superior Eleitoral de um elevado grau de autonomia na elaboração de regras relativas ao processo eleitoral. Além disso, lhe confere alto poder discricionário, abrindo margem para uma eventual hipertrofia da corte, posto que o Código Eleitoral dispõe de alto grau de abstração quanto aos limites das providências e instruções que podem ser expedidas pelo TSE no processo de regular o processo eleitoral e de responder às consultas.

Diversas competências estão afeitas à Justiça Eleitoral: questões de natureza administrativas, v.g., organização administrativa das zonas eleitorais, tais como locais destinados à votação, apuração, funcionários e o próprio alistamento eleitoral de natureza declaratória administrativa; questões atinentes ao poder regulamentar, pois o Poder Legislativo, ao editar as leis em matéria eleitoral, deixa sempre uma substancial margem de complementariedade afeta ao poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral (RAMAYANA, 2008, p. 83).

As decisões da Corte Eleitoral Superior são revestidas, na prática do dia-a-dia, de normatividade efetiva (PINTO, 2008, p. 17), e acabam por ter efeito vinculante, ou seja, acarretam uma mudança de posição que afetam todas as instâncias da Justiça Eleitoral.

3.1. O PODER REGULAMENTAR

Esse poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral – o de expedir instruções para garantir a execução das leis eleitorais e de responder a consultas sobre matéria eleitoral – é chamado de poder regulamentar. Está disciplinado no art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral – que trata da expedição de instruções convenientes à execução do próprio código e da legislação relativa às eleições – e nas leis que disciplinam as eleições, como a Lei nº 9.504/97.

O poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral é similar ao previsto na Constituição Federal para o presidente da República (C.F., art. 84, IV, d – que expressa que o presidente tem autoridade para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”). No entanto, o poder regulamentar atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral, diferentemente daquele conferido ao chefe do Executivo federal, não advém diretamente da carta constitucional, mas sim de lei. Deriva, pois, do legislador, e não do constituinte.

Em sentido formal, o poder regulamentar do TSE é positivado por meio de resoluções e instruções sobre propaganda eleitoral, votação, apuração, registro, de candidatos e calendários eleitorais, entre outras. No entanto, existe um limite material para essa regulamentação, que não pode criar regra nova sob risco de conferir ao tribunal um excessivo poder legiferante, que se torna então passível de contestação judicial.

Sobre essa matéria, impende observar que o poder regulamentar deve situar-se *secundum e praeter legem*, sob pena de invalidação e, em atendimento ao disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” É cabível, portanto, um controle pelos partidos políticos e Ministério Público, quando se detectar uma extensão claramente demasiada da regulamentação da matéria, axiomada a regulamentação *contra legem*; além de ser viável ajuizamento do mandado de injunção (art. 5º, LXIII) nas hipóteses de inércia do órgão regulamentador, ou sejam na ausência de norma regulamentadora sobre determinada matéria eleitoral. Saliente-se, ainda, que é cabível o mandado de segurança, se determinada resolução, v.g., atingir efeitos concretos (RAMAYANA, 2008, pp. 88-89).

Além de expedir instruções relativas ao processo eleitoral, cabe ainda ao Tribunal Superior Eleitoral responder a consultas formuladas por autoridades de jurisdição nacional. As perguntas devem ser elaboradas em tese, e não podem versar sobre caso concreto. Exatamente por essa razão, não cabe ajuizamento de mandado de segurança ou interposição de recurso contra a solução da consulta, posto que esta não afeta direitos subjetivos das partes interessadas no pleito.

As instruções e consultas são respondidas pelo Tribunal Superior Eleitoral em forma de resoluções, que têm força de lei federal (Acórdão nº 823 TSE, Rel. Min. Pedro Paulo Penna e Costa). As resoluções eleitorais são atos normativos dos tribunais que têm o objetivo de assegurar sua competência para fazer cumprir a legislação eleitoral.

3.2. AS RESOLUÇÕES DO TSE

Importante papel como fonte do Direito Eleitoral desempenham as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, que como dito, têm força de lei federal. As resoluções servem tanto para exteriorizar as instruções do TSE sobre as matérias de sua competência, no desempenho de sua função normatizadora, como para responder às consultas formuladas por autoridades públicas ou pelos partidos políticos, como previsto no art. 30, VIII, do Código Eleitoral: compete aos tribunais “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político”.

As resoluções eleitorais são atos normativos dos tribunais que têm o objetivo de tornar possível a aplicação da legislação eleitoral e a regulação do processo das eleições, além de interpretar e disciplinar matéria, no âmbito do Direito Eleitoral, visando ao aprimoramento do processo eletivo (C.E., art. 1º, parágrafo único, e art. 23, IX). É nas resoluções que se concentra o poder normatizador e regulador do Tribunal Superior Eleitoral, e é também nelas que se concentram as maiores críticas. Uma vez que as decisões do TSE têm força de lei e são protegidas pelo princípio da irrecorribilidade (C.F., art. 121, § 3º, e C.E., art. 281), caso venham a extrapolar sua função original de complementar a legislação, se tornam difíceis de serem revertidas.

A doutrina reconhece que se por um lado o Tribunal Superior Eleitoral tem nas resoluções um instrumento para complementar a lei eleitoral e o processo eleitoral – até o dia 5 de março do ano da eleição, o TSE deve expedir as instruções necessárias para sua realização, ouvindo os delegados dos partidos interessados em participar do pleito (Lei nº 9.504/97, art. 105) – por outro o tribunal também expede resoluções permanentes ou ao menos mais duráveis, não vinculadas a um calendário eleitoral e por isso não sujeitas ao art. 105 da referida lei (RAMAYANA, 2008, p. 90). De fato, na interpretação de consultas, as resoluções podem gerar

efeitos concretos e desafiar os recursos legais cabíveis (Idem, p. 728).

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral são de dois tipos, como aponta o jurista Thales Tácito Cerqueira: “ato normativo primário – de caráter autônomo e alcance geral, normatiza situação não regulada pela norma legal eleitoral de apoio; e ato normativo secundário – de caráter acessório, apenas se presta para interpretar uma lei eleitoral”.

O ato primário é voltado para a função do Tribunal Superior em regular o processo eleitoral, não definido pela lei eleitoral, que se limita a delegar essa tarefa ao TSE. Já o ato secundário diz respeito à interpretação da lei vigente, que se materializa por meio das consultas feitas pelas autoridades competentes.

A doutrina indica a necessidade de se estabelecerem limites à atuação das resoluções da corte máxima eleitoral brasileira nos casos de serem atos normativos secundários, interpretativos da lei eleitoral. Isso porque quando interpreta de forma diversa da legislação em vigor, o Tribunal Superior Eleitoral acaba se tornando autor de ato normativo primário, agindo de forma a produzir nova norma jurídica e “usurpando a competência do legislador, a quem compete produzir a lei reguladora do processo eleitoral” (PINTO, 2008, p. 22).

Por fim, as resoluções eleitorais decorrentes do poder regulamentar do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral devem limitar-se a preencher e interpretar as normas do Código eleitoral, e das leis eleitorais, por exemplo, Leis no 9.504/97 e 9.096.95. (...) As resoluções eleitorais devem ser apenas atos normativos secundários ou de natureza interpretativa. Nesta hipótese, constatada a desconformidade entre a lei ordinária e a resolução, estaremos diante de uma ilegalidade não controlável por ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada em sua maioria por partidos políticos. Todavia, quando a resolução pode ser vista como um ato normativo autônomo, cuja feição é de verdadeira lei eleitoral inovadora, podemos vislumbrar a violação ao princípio da anualidade (art. 16 da CF), bem como a consagração da própria invasão na esfera do legislador, ou seja, um problema de afetação à competência legislativa do Congresso Nacional (arts. 22, I, e 48, da Constituição Federal). Neste último caso, é perfeitamente possível o controle de constitucionalidade por ação direta de inconstitucionalidade em face do texto da resolução (RAMAYANA, 2008, p. 91).

Há, no entanto, grande dificuldade na tarefa de definir os limites de atuação da Justiça Eleitoral na expedição de normas. Isso porque, ao contrário de outros ramos da Justiça – como a Federal, a Trabalhista e a Militar, que trazem na própria Constituição seu universo de atuação –, no caso da Justiça Eleitoral a carta magna se limita a prever lei complementar para definir sua organização e competência (C.F., art. 121, caput).

O poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral não advém, como

exposto, da Constituição Federal. Portanto, não é uma atribuição constitucional originária. É uma função delegada pelo Poder Legislativo. É por essa razão que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o poder regulamentar deve ter sua área de atuação delimitada pelo Legislativo. Sobre esse assunto escreveu Norberto Bobbio, ao tratar da imposição de limites ao poder normativo conferido aos tribunais.

Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir esse poder, estabelece também os limites entre os quais pode ser exercido. Assim o exercício do poder de negociação ou o do poder jurisdicional são limitados pelo Poder Legislativo, o exercício do Poder Legislativo é limitado pelo poder constitucional. À medida que se avança de cima para baixo na pirâmide, o poder normativo é sempre mais circunscrito. Pense-se na quantidade de poder atribuída à fonte de negociação em comparação com a atribuída à fonte legislativa (BOBBIO, 1995, p. 53).

São dois os tipos de limites que podem restringir o poder normativo delegado aos órgãos jurídicos, de acordo com o autor: os limites materiais, relativos ao conteúdo da norma sob julgamento; e os limites formais, relativos à forma – ou seja, ao processo pelo qual a norma inferior deve ser emanada pelo órgão jurídico.

O limite formal da atuação do TSE no exercício de seu poder regulamentar é claro, porquanto positivado na legislação. O Tribunal Superior Eleitoral não pode editar instruções ou resoluções fora das hipóteses ou das formas previstas em lei, sob o risco de invalidação ou nulidade da norma editada pelo tribunal, por vício de competência.

Mais complexa, no entanto, é a delimitação do limite material de suas resoluções, que podem invadir a competência do Poder Legislativo em seu conteúdo – e mesmo contrariar, em sentido material, a legislação vigente e a carta constitucional. Pode o poder regulamentar do TSE, em função dessa característica, ser passível de controle de constitucionalidade, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição. “Na verdade, a resolução em si não é inconstitucional e sim o seu conteúdo, já que por força do art. 105 da Lei 9.504/97, o TSE pode usar deste instrumento para disciplinar as eleições brasileiras” (CERQUEIRA, p. 1397).

É o caso, por exemplo, de resolução do Tribunal Superior Eleitoral que seja editada a menos de um ano das eleições, que pode contrariar o princípio da anualidade (C.F., art. 16). Observe-se que tal resolução não contraria o princípio da anualidade formalmente, pois o TSE tem até 5 de março do ano da eleição para expedir instruções relativas ao pleito (Lei nº 9.504/97, art. 105). Portanto, a corte

eleitoral superior está autorizada, por lei válida, a expedir instruções relativas ao processo eleitoral dentro desse período.

No entanto, se tal resolução materialmente criar uma nova regra – seja por vacância da lei ou interpretação diversa da vigente – não deveria estar a nova norma, portanto, sujeita ao princípio constitucional?

A legislação que delegou ao Tribunal Superior Eleitoral a tarefa de regular o processo eleitoral – para isso classificando como exceções ao princípio da anterioridade suas resoluções – falhou em antever que, na falta de limites formais ao poder regulamentar, este poderia pela via da interpretação materialmente legislar, criando-se assim uma brecha capaz de burlar o referido princípio.

As resoluções dão sentido regulamentar as leis em vigor, como a Lei 9.504/97, e na verdade, devem disciplinar apenas de forma a ratificar em caráter pospositivo ou prepositivo as leis primárias vigentes, nunca invadindo esfera de competência privativa do Congresso Nacional defluente do poder legiferante. No tratamento do princípio da anualidade, verificamos a incidência das resoluções. Assim, não há dúvida de que as resoluções como atos normativos secundários não estão sujeitas ao aludido princípio. Todavia, não podem disciplinar o processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e diplomação), com a finalidade de suprir a vacância ou vazio da lei, ou seja, o interregno. Devem, portanto, tratar apenas de complementar a lei, pois a atividade criativa é de competência do Poder legislativo (artigo 48 da CRFB) (RAMAYANA, 2008, p. 729).

3.3. A HIERARQUIA DAS NORMAS

No caso de haver antinomia entre as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral e o ordenamento jurídico vigente, é preciso definir qual norma jurídica, entre as duas em controvérsia, deverá ter prioridade – a nova norma, gerada pela resolução, ou a lei anterior a esta resolução.

O mais importante dos critérios a ser levado em conta nessa definição é o grau hierárquico das duas normas em contradição, que pode ser associado aos critérios de especialidade e cronológico.

O critério hierárquico também é chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. (...) As normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior (BOBBIO, 1995, p. 93).

Se as decisões do Tribunal Superior Eleitoral têm caráter de inovação

normativa e força de lei, é preciso definir qual seu papel e sua posição dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O ordenamento não é linear, mas conta com diferentes graus hierárquicos entre as leis. A doutrina explica que as normas jurídicas não existem isoladamente, fora de um contexto, mas trabalham obrigatoriamente dentro de um sistema de leis (e muitas vezes derivam deste sistema).

Na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...) Esse contexto de normas costuma ser chamado de “ordenamento”. E será bom observarmos, desde já, que a palavra “direito”, entre seus vários sentidos, tem também o de “ordenamento jurídico”, por exemplo, nas expressões “Direito romano”, “Direito canônico”, “Direito italiano” [“Direito brasileiro”], etc. (Idem, p. 19).

E o que significa dizer que existe hierarquia entre as normas jurídicas? Que elas, dentro desse sistema, podem apresentar diferentes graus hierárquicos, e ser, em relação umas às outras, normas superiores ou normas inferiores. Esse conceito é fundamental na resolução de controvérsias, uma vez que uma norma superior deve ter a precedência sobre uma norma subordinada, ou inferior. Essa noção de graus hierárquicos entre as leis advém do conceito que, dentro do ordenamento jurídico, as leis não estão no mesmo plano, mas ocupam diferentes graus hierárquicos. O ordenamento jurídico é, portanto, escalonado.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (KELSEN, 1998, p. 155).

O escalonamento do ordenamento jurídico proposto por Hans Kelsen se baseia essencialmente no conceito de validade das normas. Para o autor, uma norma jurídica só tem valor porque emana de – ou seja, se legitima em – outra norma a ela superior hierarquicamente. Conceito que remete à idéia de uma norma fundamental, superior a todas as outras, que dá validade e legitimidade a todo o ordenamento jurídico.

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior (...) Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm) (Idem, pp. 135-136).

É a norma fundamental que, ao legitimar o ordenamento jurídico, dá unidade a esse sistema de normas jurídicas. Para Bobbio, a norma fundamental é “o critério Supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema (1995, p. 62).

Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. (...) Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica (Idem, pp. 48-49).

De acordo com a teoria do escalonamento do ordenamento jurídico, a estrutura básica de um sistema de normas seria a seguinte: a norma fundamental representando o desejo máximo da sociedade regida por esse ordenamento jurídico. Em seguida, a constituição originária e logo abaixo as emendas constitucionais (poder constituinte derivado). Sob estas, em um mesmo plano, estão as leis ordinárias ou complementares, as medidas provisórias e os tratados internacionais. Vale destacar que somente deste nível para cima as normas têm força de lei; e portanto capazes de criar deveres ou obrigações. Este é o chamado princípio da legalidade, expresso no art. 5, inciso II, da Constituição Federal – que determina que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Abaixo desse patamar do escalonamento, encontramos normas jurídicas como

decretos, portarias, instruções normativas, ordens de serviço. E as resoluções.

A teoria da dinâmica jurídica de Kelsen (1998, p. 135) explica ainda a subordinação entre as normas e o produtor de normas jurídicas, dentro do escalonamento do ordenamento jurídico. Há dois tipos de sistemas de normas, um estático e outro dinâmico. As normas de um ordenamento estático obtêm sua validade diretamente de outra norma superior. Portanto, uma norma é válida quando houver outra norma acima desta que determine a existência daquela norma inferior, tratando de assunto específico.

Já no ordenamento dinâmico, a norma fundamental pressuposta tem como conteúdo a criação de um fato produtor de normas, como a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou uma regra determinando como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental (processo legislativo). Desta forma, não é possível inferir de uma norma subordinada que ela provenha de uma norma superior, e sim de um órgão produtor de legislação autorizado por uma norma mais elevada a produzir normas inferiores.

A norma afirmada na premissa maior, segundo a qual devemos observar os mandamentos de Deus (ou do Seu Filho), está contida no pressuposto de que as normas, cujo fundamento de validade está em questão, provêm de uma autoridade, quer dizer, de alguém que tem capacidade, ou seja, competência para estabelecer normas válidas. Esta norma confere à personalidade legiferante “autoridade” para estatuir normas. O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas (KELSEN, 1998, p. 136).

No caso de um ordenamento dinâmico – marcado pela delegação do poder para criar nova norma jurídica – a constituição ocupa o topo da pirâmide normativa, logo abaixo da norma fundamental. É a constituição que determina normas inferiores, de forma estática, e ainda elabora um processo de criação de normas inferiores, delegando a outras instâncias a complementação das normas constitucionais. Consolida, desta forma, todo o ordenamento jurídico.

A norma fundamental é a instauração da própria criação jurídica. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como

recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior (Idem, p. 139).

A constituição é desta forma, como ilustra J. J. Gomes Canotilho, norma dotada de um “brilho autónomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas” (2008, p. 1147).

A constituição se caracteriza, para o autor, por sua posição hierárquica e normativa superior, e tem particularidades em relação a outras normas do ordenamento jurídico. Em especial, a auto-primazia normativa (normas constitucionais validam a própria constituição); além do fato de que suas normas são “normas de normas”, ou seja, são fonte de produção de outras normas, como leis, regulamentos e estatutos; e do princípio da conformidade (subordinação) de todos os atos dos poderes públicos com a constituição.

A superioridade normativa da constituição implica, como se disse, o princípio da conformidade de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais (Cfr. CRP, art. 3º /3). Em termos aproximados e tendenciais, o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior – princípio da hierarquia – e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade ou ineficácia – princípio da constitucionalidade (CANOTILHO, 2008, p. 1149).

O princípio da conformidade reafirma a importância da observação do grau hierárquico das normas em caso de controvérsia. Se no caso de haver desconformidade entre as normas superiores e inferiores, vale aquela de maior grau hierárquico, as normas constitucionais devem ter prioridade sobre todas as outras.

No sistema dinâmico, a hierarquia se mantém, assim como no estático, e se aplica tanto às normas quanto às autoridades legislativas. A autoridade legisladora o é porque uma norma superior delega a função legiferante a essa autoridade. No entanto, assim como concede o poder, também o limita, pois a norma superior positiva o escopo de atuação do órgão jurídico produtor de normas, quando não o próprio processo pelo qual se dará a construção desta norma.

Assim, o legislador está sujeito a uma norma superior que confere o poder de criar leis dentro de uma esfera de atuação. E também dentro de uma hierarquia, posto que a norma superior pode especificar que tipo de norma jurídica o órgão está autorizado a produzir, dentro do ordenamento. “Estes órgãos aplicadores do Direito têm de ser determinados pela ordem jurídica, quer dizer: é necessário que se

determine sob que condições um determinado indivíduo funciona como juiz ou autoridade administrativa” (Kelsen, 1998, p. 161).

A produção de normas jurídicas gerais, regulada pela Constituição em sentido material, tem, dentro da ordem jurídica estadual moderna, o caráter de legislação. A sua regulamentação pela Constituição compreende a determinação do órgão ou dos órgãos que são dotados de competência para a produção de normas jurídicas gerais - leis e decretos. Quando os tribunais também são considerados competentes para aplicar Direito consuetudinário, eles têm de receber da Constituição poder para isso — tal como o recebem para a aplicação das leis. Quer dizer: é preciso que a Constituição institua o costume, que é constituído pela conduta habitual dos indivíduos submetidos à ordem jurídica estadual - os súditos do Estado -, como fato gerador de Direito (Idem, p. 156).

No caso do Direito Eleitoral, é preciso definir onde se enquadram as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral dentro do ordenamento jurídico. Como visto anteriormente, as resoluções em geral se enquadram, na pirâmide normativa, abaixo das leis. E portanto não têm força de lei ou efeito vinculante. No caso do TSE, no entanto, a jurisprudência confere esse status às resoluções, que adquiriram pela via consuetudinária *status* de lei federal.

É possível classificar o grau hierárquico das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral ainda por outro caminho: seu objeto, já que as consultas que geram resoluções podem tratar de dúvidas sobre normas de diferentes graus hierárquicos. As resoluções podem portanto, materialmente, dispor sobre normas distintas, e assim dispõem de certa mobilidade dentro do ordenamento jurídico, variando em função de seu conteúdo.

3.4. A JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ELEITORAL

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar (KELSEN, 1998, pp. 174-175).

A jurisprudência e a doutrina ocupam lugar de destacada importância entre as

fontes do Direito Eleitoral, mais que em outros ramos do Direito brasileiro. Djalma Pinto apresenta um interessante ponto de vista, ao afirmar que “não é exagero afirmar-se que nele prevalece o sistema *Common Law*, em que o precedente vincula o julgador como se fora norma o caso concreto”.

Embora sem norma formal expressa, sem norma que o determine, na prática, o efeito vinculante das decisões do TSE é uma realidade no âmbito da Justiça Eleitoral. A lei, pode-se dizer sem exagero, é produzida no TSE, onde são elaborados os *leading cases* seguidos pacificamente por juízes e pelos Tribunais Regionais eleitorais. É freqüente ouvir de integrante dos Tribunais Eleitorais a ponderação de que, embora convencido da posição defendida em determinado voto, é inútil mantê-la diante da certeza da reforma da decisão pela Corte Superior e do desconforto gerado na mídia pela notícia da retificação. Como se vê, os precedentes do TSE são fontes de excepcional valia no Direito Eleitoral. As posições dessa Corte tornam-se normas a serem observadas por candidatos e partidos diante dos danos irreparáveis, que quase sempre acabam suportando, quando delas divergem (PINTO, 2008, p. 16-17).

Dois dos grupos mais importantes de sistemas jurídicos merecem comparação nesse caso, pois representam o modelo usualmente adotado no Brasil e a situação especial que manifesta a Justiça Eleitoral: o sistema *Civil Law*, ou romano-germânico, e o sistema da *Common Law*, em que se situam o Direito inglês (puro) e o Direito americano (misto, porque subordinado a uma Constituição escrita).

Além destes, existem o sistema dos direitos socialistas, como na extinta União Soviética, e concepções da ordem social e do Direito ligadas à religião, tais como o direito muçulmano, indiano e judaico.

Enquanto o sistema romano-germânico se baseia em normas abstratas e gerais definidas pelo Parlamento – o juiz parte da lei escrita, geral, para enquadrar o caso concreto –, no sistema de *Common Law*, ao contrário, o direito é criado pelo juiz (*judemade law*). Os casos concretos são decididos a partir dos precedentes dos tribunais, e somente quando a jurisprudência não se mostra apta a solucionar o conflito, uma norma jurídica é formulada para regulamentar aquele tipo de situação.

No sistema de *Civil Law*, a lei parte do Legislativo. O legislador é designado pela sociedade para a construção do Direito, com base no princípio da separação dos poderes, o que impede a hipertrofia do Judiciário, que fica impedido de agir como legislador. Já no sistema de *Common Law*, essa atribuição é dada ao juiz.

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança

jurídica (...) Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação (KELSEN, 1998, pp. 175-176).

Para Djalma Pinto, o Direito Eleitoral brasileiro configura uma verdadeira exceção ao sistema adotado no restante do Poder Judiciário, pois predomina o sistema da *Common Law*. Mesmo sem uma lei determinando o efeito vinculante, os precedentes estabelecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral são acolhidos pelos Juízes e tribunais eleitorais de instâncias inferiores.

A diferença para os países do sistema anglo-saxônico é que lá o precedente “tem força obrigatória para os casos futuros”, e aqui, embora não havendo essa obrigatoriedade, os juízes eleitorais seguem espontaneamente, observam-no à risca, com tal intensidade que, na prática, o TSE efetivamente cria o Direito. Partem os juízes e integrantes dos tribunais eleitorais locais da constatação da quase inutilidade em produzir acórdãos ou decisões divergentes dos precedentes do TSE, que serão ali fatalmente reformados (PINTO, 2008, p. 18).

Hans Kelsen chama a atenção para a hipertrofia do Judiciário em sua função de criar o Direito quando um tribunal recebe competência para produzir normas gerais por meio de decisões com força de precedentes (1998, p. 175). O que acontece em particular, grifa o autor, nos tribunais de última instância. Para o jurista, quando é conferido aos tribunais o poder de criar não somente normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles entram em concorrência direta com o Poder Legislativo, o que resulta na descentralização da função legislativa.

3.4.1. Interpretação: o papel do intérprete das leis

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este precisa fixar o sentido das normas que vai aplicar, e tem portanto que interpretar estas normas (Kelsen, p. 245). A interpretação de uma lei é, nesse sentido, o processo de aplicação do Direito de um escalão superior para um escalão inferior, ou seja, de uma norma geral para um caso concreto, uma norma individual.

Isso em grande parte devido ao grau de indeterminação das normas gerais. Como são aplicáveis a casos sem concretude, deixam uma grande margem de complementariedade ao aplicador da lei. Mais que explicitar uma única forma de aplicação, a norma oferece várias possibilidades à aplicação jurídica, estabelecendo apenas uma zona de aplicação. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses,

“uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação” (Idem, p. 247). A delimitação dessa moldura e a escolha do sentido da norma a aplicar é papel do juiz.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente (KELSEN, 2008, p. 18).

É pacífica a doutrina ao afirmar que com a constitucionalização do Direito, as normas passaram a traçar linhas gerais de aplicação, em especial as normas constitucionais, que delegam aos tribunais a tarefa de aplicar ao caso concreto a regra que melhor solucionar o conflito, elegida dentro da moldura delimitada pela norma geral. Os conceitos jurídicos indeterminados contêm termos dotados de plasticidade, que fornecem apenas um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, Luis Roberto, 2007, p. 9).

Para Kelsen, acreditar que é possível obter, a partir da lei, uma única sentença correta é comparável a acreditar que é possível criar, na Constituição, as únicas leis corretas. O papel do juiz assim estaria posto como o do legislador, que cria normas gerais, abstratas, dotadas de plasticidade, pois não é possível se criar uma norma jurídica aplicável igualmente a todos os casos concretos possíveis.

De certo que existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas

também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre (KELSEN, 1998, p. 249).

Portanto, para poder aplicar uma norma, o órgão jurídico precisa interpretar essa lei de acordo com o caso concreto. A norma geral, que liga a um fato abstratamente determinado uma consequência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. Na mesma linha caminha o jurista J. J. Gomes Canotilho, que entende que “interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada” (2008, p. 1200).

Concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica (...) Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos (Idem, p. 1201).

Esse processo de concretização, no entanto, deve se restringir ao universo de atuação da norma constitucional. Isto é, a interpretação deve se dar unicamente em conformidade com a constituição. Essa subordinação é um princípio essencialmente de controle, que tem como objetivo assegurar a constitucionalidade da interpretação. No caso de conflito entre as normas ou seus significados, deve se dar preferência à interpretação que esteja em conformidade com a constituição.

No caso de uma interpretação da própria constituição, é mais difícil delimitar a conformidade da interpretação com a carta magna, posto que a própria constituição pode ser alterada por normas jurídicas produzidas por via consuetudinária (KELSEN, 1998, p. 162). À mudança de sentido material de uma norma por meio da interpretação, sem alteração formal no texto, chamamos de mutação de uma norma.

Considerar-se-á como transição constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto. A alteração constitucional consiste na revisão formal do compromisso político, acompanhada de alteração do próprio texto constitucional. O problema que agora se nos põe é o de saber se, através da interpretação da constituição, podemos chegar aos casos-limite de mutações constitucionais ou se, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se em princípio «normal» da interpretação (...) Já atrás ficou dito que a rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva a exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa (CANOTILHO, 2008, p. 1228).

Todos estes fatores – o poder da jurisprudência no Direito Eleitoral, a força de lei das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, o princípio da irrecorribilidade das decisões do TSE, a autonomia na elaboração de regras relativas ao processo eleitoral – indicam uma hipertrofia do tribunal em relação a outros operadores do Direito, e mesmo diante do Congresso Nacional.

Hipertrofia que pode ser demonstrada diante do estudo de casos concretos em que decisões divergiram da interpretação em vigor e criaram, em sentido material, nova norma jurídica, mesmo que não o tenham feito em sentido formal. Cumpre observar, nesse contexto, a atuação do Parlamento quando confrontado com decisões do Tribunal Superior Eleitoral que acabaram por criar nova norma jurídica, invadindo a competência do Congresso Nacional.

4. A VERTICALIZAÇÃO DAS COLIGAÇÕES ELEITORAIS

A Emenda Constitucional nº 52 nada inovou. Como já disse, apenas deu um peso maior ao trato da matéria, que, antes, tal como nele contido, esteve regida pelo artigo 6º da Lei 9.504/97 – e regida em bom vernáculo – e, agora, passou a estar disciplinada nessa mesma emenda. Surgiu uma norma constitucional simplesmente formal e não material, dado o conteúdo. E, mais do que isso, utilizou-se uma emenda constitucional – e isso me deixa muito triste – para se cassar simples interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, banalizando-se, barateando-se – para usar um vocábulo a gosto do ministro Francisco Rezek – o instituto da emenda constitucional (ADI 3685-8 DF, voto Min. Marco Aurélio).

Um dos casos mais emblemáticos em que uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral colocou o Judiciário e o Legislativo em condição de confronto foi a decisão que criou a regra da verticalização nas eleições. Em especial, porque foi uma das poucas ocasiões em que o ciclo se completou, desde a decisão do TSE até a reação do Congresso com a edição de uma nova norma, passando por um novo julgamento no tribunal e ainda no Supremo Tribunal Federal.

Partindo de uma interpretação da Lei 9.504/97, o TSE proibiu coligações entre partidos nos estados e nos municípios que divergissem da coligação adotada para a eleição presidencial. Portanto, obrigou os diretórios regionais e municipais a seguirem as decisões de alianças partidárias estabelecidas para as eleições federais – uma orientação vertical, da disputa federal à municipal.

A resolução foi amplamente criticada pela classe política, em especial os parlamentares, que alegaram uma inversão da intenção do legislador originalmente buscada pela lei 9.504/97. O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal por seis partidos políticos. O maior questionamento foi quanto ao princípio da anterioridade nas eleições, expresso no art. 16 da Constituição, que prevê *vacatio legis* de um ano para novas leis que versem sobre matéria eleitoral, para evitar mudanças durante o andamento de eleições. A decisão do TSE foi publicada em fevereiro de 2002, a oito meses das eleições daquele ano.

O entendimento da corte suprema do País foi o de que a matéria não poderia ser contestada naquela instância por não se tratar de matéria constitucional, apenas da interpretação de uma lei ordinária pelo Tribunal Superior Eleitoral. E o de que a resolução do TSE constituía apenas uma interpretação da legislação vigente, e não uma nova norma, portanto não se enquadrava nos limites impostos pelo art. 16.

A resposta do Congresso foi a apresentação de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), norma hierarquicamente superior à Lei 9.504/97, recuperando o

sentido antes aplicado à lei, permitindo coligações livres em todas as esferas de governo. A PEC demorou quatro anos para concluir sua tramitação no Congresso Nacional, sendo promulgada em março de 2006 como a Emenda Constitucional nº 52. Novamente, o TSE se pronunciou a favor da verticalização, e disse que a emenda não deveria ter efeito nas eleições de 2006 porque violaria, portanto, o princípio da anualidade. Ouvido, o Supremo manteve a interpretação do tribunal eleitoral, postergando a eficácia da emenda para as eleições de 2010.

4.1 GÊNESE DA VERTICALIZAÇÃO

Em 26 de fevereiro de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral apreciou consulta (Consulta nº 715 - Classe 5ª - Distrito Federal) formulada pelos deputados federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos – todos à época integrantes do PDT (Partido Democrático Trabalhista) – que dizia:

Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação?

A resposta, negativa, foi a Resolução nº 21.002, que dispôs:

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

A única forma de ter liberdade de alianças nos estados, portanto, era o partido não lançar candidato a presidente ou vice, nem apoiar qualquer outro candidato. Mas para isso, teria que abrir mão de um projeto político nacional para privilegiar seus projetos regionais.

O Tribunal Superior Eleitoral se baseou, principalmente, em um fundamento para tomar a decisão: o de que os partidos devem ter caráter nacional, como define a Constituição Federal em seu art. 17 (“É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e

observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional”). Os defensores da verticalização alegavam que a regra fortalecia o caráter nacional dos partidos. Já os críticos do princípio acreditavam que a verticalização ignorava características regionais dos partidos, obrigando cada região a seguir um plano político nacional.

A decisão recebeu muitas críticas, pois a interpretação oficial dada pelo TSE à Lei 9.504/97 foi diferente do que vinha sendo posto em prática pelos partidos até as eleições gerais de 1998. A resolução configura, portanto, um caso de mutação de uma norma legal, ou seja, um caso onde há uma mudança clara no sentido da interpretação de uma lei sem mudanças no texto legal. É amparada teoricamente pela participação do juiz na interpretação das leis. De acordo com diversos autores, a abstração do texto legal permite uma mudança de rumos na aplicação das leis.

O que se passa, na verdade, é que tivemos, em 1998, uma interpretação que se seguiu em 2002, através de uma maioria no Tribunal. Não se alterou a lei, mudou-se a interpretação (...) O fato é que teríamos aqui a possibilidade de afirmarmos claramente que interpretação do Tribunal Superior Eleitoral não é a criação de nova lei, mas, sim, a vigência da lei e a leitura da lei, legitimamente considerada. O objeto da ação consiste inegavelmente em ato de interpretação. Saber se esta interpretação excedeu, ou não, os limites da norma que visava integrar, exigiria necessariamente o seu confronto com essa regra. E a Casa tem rechaçado tentativas de submeter o controle concentrado de legalidade do poder regulamentar (ADI 3685-8 DF, voto Min. Nelson Jobim).

Portanto, a menos de 8 meses da data da eleição no primeiro turno, a resolução modificou, por meio da inversão do sentido da lei em vigor por meio da interpretação, o processo político de formação de alianças partidárias em todo o País. Essa mudança foi questionada porque teria ignorado o princípio da anualidade, uma proteção constitucional a mudanças de última hora no processo eleitoral, expresso no art. 16 da Carta Magna, que diz que “a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Isso equivale a dizer que qualquer modificação no processo eleitoral só vale para as eleições que ocorram depois de um ano de sua vigência, o que não foi observado pelo Tribunal Superior Eleitoral. A regra da anualidade tem o objetivo, em essência, de proteger o eleitor e os candidatos de mudanças que possam causar favorecimento ou prejuízo a qualquer partido ou candidato. Ou seja, mudanças de última hora que possam adulterar o resultado das eleições.

A preocupação fundamental consiste em que a lei eleitoral deve respeitar o mais

possível a igualdade entre os diversos partidos, estabelecendo regras equânimes, que não tenham por objetivo favorecer nem prejudicar qualquer candidato ou partido. Se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações. A lei eleitoral deixa de ser aquele conjunto de regras isentas, a partir das quais os diversos candidatos articularão as suas campanhas, mas passa ela mesma a se transformar num elemento da batalha eleitoral. É, portanto, a 'vacatio legis' contida nesse art. 16, medida saneadora e aperfeiçoadora do nosso processo eleitoral (BASTOS, 1989, p. 597).

O art. 16 garante, pois, a segurança jurídica em um dos pilares fundamentais da democracia, o voto universal, direto e secreto. Isso porque, embora não verse diretamente sobre o voto, trata de estabilizar os resultados esperados das eleições, ao prever que estas se dêem em respeito a regras pré-estabelecidas. José Afonso da Silva descreve as eleições como uma sucessão de procedimentos, que começa com a filiação partidária e a apresentação das candidaturas e termina depois da votação. O que justifica que alterações na lei eleitoral durante tais procedimentos podem ter efeito sobre o próprio processo e, ainda, sobre os resultados do pleito.

O procedimento eleitoral compreende uma sucessão de atos e operações encadeadas com vista à realização do escrutínio e escolha dos eleitos. Desenvolve-se em três fases basicamente: (1) apresentação das candidaturas; (2) organização e realização do escrutínio; (3) contencioso eleitoral (SILVA, 2004, p. 377).

E é justamente esse procedimento, com suas várias etapas, que garante a legitimidade do processo eleitoral. Porque suportado em um conjunto de regras, conhecidas por todos por pelo menos um ano e resistente a modificações de última hora, o processo eleitoral é estável e seu resultado confiável.

O Estado democrático de direito tem no processo eleitoral, por exemplo, um importante mecanismo de legitimação. Ele busca definir uma decisão, uma vez que todo o esforço feito para se chegar a um acordo tem sua razão de ser na tomada de decisão política. No processo eleitoral, instaura-se o debate público em que todos os cidadãos participam, consoante as regras que limitam e organizam a forma como as divergências serão propostas e as expectativas expressas. O seu resultado tem o caráter de um consenso generalizado e estabilizador do sistema político (ROCHA, 2002, pp. 224-225).

Isso não impede, no entanto, que mudanças possam ser benéficas, mesmo que dentro do prazo da anualidade. Em respeito ao art. 16, tais mudanças, mesmo que meritórias, são ineficazes. Mas isso não exclui que, uma vez cumprido o prazo, as medidas então em vigor se tornem elementos favoráveis de aperfeiçoamento do processo eleitoral.

Fávila Ribeiro, ao dissertar sobre a essência do princípio da anualidade,

defendeu que o tempo é um elemento marcante na dinâmica eleitoral, sendo necessárias redobradas cautelas para que não seja utilizado para desvirtuamentos, “fomentando situações alvissareiras para uns e, prejudiciais a outros”. Ela adverte que “as instituições representativas não podem ficar expostas a flutuações nos seus disciplinamentos, dentre os quais sobrelevam os eleitorais, a que não fiquem ao sabor de dirigismo normativo das forças dominantes de cada período”. Salienta, dessa forma, a importância do discernimento entre a necessidade do aperfeiçoamento legislativo que podem trazer eventuais mudanças e “a noção do tempo inapropriado para empreendê-las, evitando a fase em que já estejam iniciados os entrechoques e personificados os figurantes com as suas siglas partidárias e mesmo com coligações já definidas, ainda que não formalizadas pelas respectivas convenções” (RIBEIRO, 1990, p. 93).

4.2 REAÇÕES À RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O TSE regulamentou a Resolução nº 21.002 com a instrução de nº 55, versando sobre as eleições de 2006. Seis partidos recorreram contra a verticalização ao Supremo Tribunal Federal, com duas ações diretas de inconstitucionalidade: uma foi proposta pelo PCdoB, PT, PL, PSB e PPS no dia 12 de março de 2002, e a outra foi movida pelo PFL (atual Democratas), no dia 14. Em 18 de abril de 2002, o STF decidiu, por 7 votos a 4, que não analisaria as ações, o que manteve a verticalização em vigor.

A justificativa foi a de que a resolução do TSE constituía apenas uma interpretação da legislação vigente, e não de uma norma nova. Além disso, no entendimento do Supremo, não cabia análise daquela corte porque “nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE” (ADI 2626-7 DF, rel. Min. Sydney Sanches).

Mesmo assim, não foi ignorado o problema da anterioridade na decisão do TSE. Mesmo que o STF tenha decidido, em sua maioria, não conhecer do pedido, nos votos foram feitas críticas à mudança da regra durante o andamento do ano eleitoral. Foi o voto, por exemplo, do então presidente do STF, ministro Marco Aurélio.

Ora, se a Carta da República, mediante o preceito do artigo 16, impõe, quanto à lei em sentido formal e material, a anterioridade de um ano, o que se dirá relativamente a algo que tenha força de lei, como a medida provisória, e, quanto a um ato do próprio Tribunal Superior Eleitoral – cuja competência normativa está aquém da outorga pelo artigo 114 da Constituição Federal à Justiça do Trabalho – que venha a dispor, inovando – e não há a menor dúvida de que houve uma inovação, considerada a própria prática do Tribunal Superior Eleitoral nas eleições de 1998 – as balizas do pleito a sete meses deste. (AURÉLIO, Marco. ADI 2626-7 DF).

No dia seguinte à Resolução nº 21.002 do Tribunal Superior Eleitoral – 27 de fevereiro de 2002 – foi apresentada no Senado uma Proposta de Emenda à Constituição com objetivo de reverter a decisão do tribunal, voltando a regra das coligações para a que vinha sendo adotada até as eleições de 1998. Portanto, acabando expressamente com a verticalização.

A PEC 548/02 foi aprovada rapidamente no Senado e encaminhada à Câmara em julho de 2002. Somente em fevereiro de 2006, no entanto, foi aprovada na Câmara dos Deputados. A PEC muda o art. 17 da Constituição, tornando explícito que os partidos têm liberdade para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas nacionais, estaduais, distritais ou municipais. Tem o simples objetivo, portanto, de conferir “status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal” (GRACIE, Ellen. ADI 2626-7 DF).

O fato de ter sido uma PEC o instrumento necessário para reformar a resolução do TSE foi o motivo da demora na tramitação da proposta. Isso porque a Constituição brasileira é classificada como rígida, ou seja, existem condições especiais para modificação do texto constitucional e de elaboração da legislação infra-constitucional. Seu próprio texto prevê um rito especial para se modificado.

As propostas de emenda à Constituição precisam do apoio de um terço de cada casa do Congresso em que for apresentada para começar a tramitar. O quorum de aprovação também é diferenciado, o maior entre todas as propostas passíveis de análise pelo Congresso: três quintos de cada casa onde for apreciada. Além disso, precisa passar por dois turnos de votação em cada casa, com cinco sessões de discussão no primeiro turno e três sessões no segundo turno.

O peso das resoluções do TSE pode ser medido pelo tipo de instrumento legislativo a que a consulta dizia respeito ou, ainda, como no caso da verticalização, que tipo de instrumento é necessário para reverter a decisão do tribunal. No caso da

verticalização, o instrumento necessário foi nada menos que uma Proposta de Emenda à Constituição, um dos tipos mais especiais de matérias legislativas.

Em outros casos de consultas à lei eleitoral, o mecanismo usado para modificar ou regulamentar a resolução pode ser um projeto de lei. Seu rito de tramitação é mais simples, variando apenas no aspecto de se tratar de um projeto de lei ordinária ou complementar. O Procedimento Legislativo Normal cuida da elaboração das leis ordinárias (excluídas as leis financeiras e os códigos) e complementares – ou seja, a legislação infra-constitucional – e tem lugar nas comissões permanentes e no plenário de cada uma das Casas Legislativas. O processo começa com a apresentação e leitura do projeto, realizada em plenário; prossegue nas comissões permanentes, que emitem parecer; e volta para o plenário para discussão e votação.

Os projetos de lei ordinária passam por apenas um turno de discussão e votação, enquanto os de lei complementar passam por dois turnos (a não ser que tenham passado para a Casa revisora). Encerrada a discussão, o projeto é votado; sendo que o projeto de lei ordinária precisa de maioria simples para ser aprovado (presente a maioria absoluta dos membros da Casa). Já o projeto de lei complementar exige maioria absoluta dos votos dos membros da Casa onde esteja para ser aprovado.

Essa diferenciação demonstra que as resoluções do TSE manifestam um poder normativo que varia de acordo com o tipo de norma jurídica a que foi submetida a consulta inicial e também ao tipo de mecanismo necessário para que o legislador modifique ou reverta a norma gerada pela interpretação judicial. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, portanto, dispõem de certa mobilidade dentro da hierarquia das leis: em vez de ocuparem lugar fixo entre os diferentes tipos de normas, reagem ante o objeto da consulta a que foram submetidas.

Se as resoluções têm força de lei, ou norma jurídica, elas se enquadram em categorias normativas diferentes, motivando uma reação diferenciada do Congresso Nacional. Este, por sua vez, diante da complexidade do mecanismo necessário para modificar as resoluções, pode ter um grau de dificuldade maior ou menor para mudar ou anular as decisões daquela Corte.

A PEC foi aprovada com folga em todos os quatro turnos de votação por que passou no congresso. Enquanto eram necessários os votos de 49 senadores e 308 deputados (três quintos dos parlamentares), a proposta obteve, no Senado, 60 votos

favoráveis na primeira votação e 57 na segunda. E na Câmara, 343 votos no primeiro turno e 329 no segundo.

A proposta foi aprovada em sua votação final, na Câmara dos Deputados, no dia 8 de fevereiro de 2006. O então presidente do Congresso, senador Renan Calheiros (PMDB-AL), decidiu não promulgar a emenda constitucional imediatamente. Isso porque havia uma nova consulta sobre o mesmo tema no Tribunal Superior Eleitoral, e os parlamentares preferiram esperar o resultado da consulta antes da promulgação.

A nova consulta repetiu o resultado de 2002, a favor da verticalização, o que motivou novas críticas. Mesmo promulgada, a PEC não surtiria efeito sobre as eleições de 2006, para o Tribunal Superior Eleitoral, porque a promulgação se daria a menos de um ano das eleições. Os críticos da verticalização lembraram que a resolução do TSE que criou a regra, em 2002, foi publicada em fevereiro, também a oito meses das eleições daquele ano.

Na época, o TSE se pronunciou a respeito da anualidade. O argumento foi o de que, como a decisão foi publicada antes de terem expirado os prazos para escolha dos candidatos e coligações, a resolução não interferia no processo. As convenções partidárias para escolha de candidatos e coligações se realizam, segundo a lei eleitoral, no período de 10 a 30 de junho do ano das eleições. O registro de coligações e candidatos deve ser encaminhado à Justiça Eleitoral até o dia 5 de julho. Portanto, a definição destas regras em fevereiro não atrapalhava os partidos, segundo o tribunal, em 2002. Mas o argumento que prevaleceu, em 2006, foi o da anualidade, e o Tribunal Superior Eleitoral decidiu adiar a validade da emenda constitucional que acabava com a verticalização até 2010. O Congresso então promulgou, no dia 8 de março de 2006, a Emenda Constitucional nº 52:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 52, DE 8 DE MARÇO DE 2006

Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais.

AS MÉSAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 1º do art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 17.

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

....." (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.
Brasília, em 8 de março de 2006.

A emenda, embora publicada em 2006, trouxe no seu art. 2º texto explicitando que a emenda entraria em vigor “na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002” (sic.). Durante a votação no Congresso, foi levantado que se o texto fosse modificado outra vez, seria enviado novamente para o Senado, adiando a promulgação do texto. Esse não era o desejo dos parlamentares, que queriam a promulgação imediata pois queriam que a emenda tivesse efeito já nas eleições de 2006. A decisão política foi de aprovar o texto como se encontrava e deixar a decisão sobre a validade da norma para o julgamento do Supremo Tribunal Federal.

4.3 O DEBATE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Supremo Tribunal Federal, o debate se centrou na questão da anualidade – ou seja, a validade da Emenda Constitucional nº 52: se feria ou não o art. 16 da Constituição. No julgamento da ADI 3685, no entanto, foram debatidos todos os aspectos que levaram à criação do instituto da verticalização, inclusive a autoridade do TSE para criar tal regra a partir da interpretação de uma lei.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3685-8 DF) foi impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em face do art. 2º da Emenda Constitucional nº 52. O dispositivo questionado determina a aplicação dos efeitos da referida Emenda “às eleições que ocorrerão no ano de 2002” O requerente apontou ofensa à regra da anualidade estabelecida no art. 16 da Constituição Federal.

A Mesa do Congresso Nacional enviou informações, no parecer assinado por Fábio Konder Comparato, nas quais alegou a inexistência da inconstitucionalidade suscitada. Isso baseado no argumento de que o art. 16 da Constituição não se aplicaria a uma emenda constitucional, por se dirigir ao legislador ordinário. A Advocacia-Geral da União também defendeu que o princípio da anualidade não deveria ser aplicado à Emenda Constitucional nº 52, mas sob o argumento de que a emenda trata de coligações partidárias, matéria que, por ser afeta ao direito partidário, não se confunde com o processo eleitoral.

Em sua exposição, levantou o argumento de que, se foi possível ao Tribunal

Superior Eleitoral, em março de 2002, “estabelecer exegese sobre as alianças partidárias para as eleições daquele ano, sem que isso representasse ofensa à segurança jurídica, muito mais legítima mostra-se a interpretação fixada pela Emenda Constitucional nº 52.”

Já a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra de seu Procurador-Geral, Antônio Fernando de Souza, alegou que a inobservância do que disposto no art. 16 abalaria a seriedade do processo eleitoral, pois comprometeria todas as decisões políticas subseqüentes.

A maioria dos ministros concordou com a necessidade de se respeitar o art. 16 da Constituição, o princípio da anualidade. Foi consenso que alterações substanciais na legislação poderiam causar sérios danos ao processo eleitoral e à confiança de seus resultados, pois este se encontrava em pleno andamento.

O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de regras que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. (...) Ao cidadão-eleitor é garantido pela Constituição de 1988 o devido processo eleitoral, ou seja, o direito a que o resultado das eleições seja consequência de um processo eleitoral incólume, protegido contra fraudes e casuísmos, regido por um sistema de regras que concretize, na sua máxima efetividade, o direito fundamental ao voto (MENDES, Gilmar. ADI 3685-8 DF).

Na mesma direção apontou o ministro Sepúlveda Pertence:

Minha tendência, assim, é de emprestar ao conceito de processo eleitoral, para os fins do artigo 16, expressão tão ampla quanto seus termos comportam, de modo a abranger, radicalmente, desde o alistamento dos eleitores e a habilitação dos partidos à escolha dos candidatos, definindo assim todas as personagens do drama eleitoral; do registro dos candidatos à propaganda; da votação ao procedimento e aos critérios de apuração até o momento culminante da proclamação e da diplomação dos eleitos (PERTENCE, Sepúlveda. ADI 3685-8 DF).

A relatora, ministra Ellen Gracie, apontou ainda que o fato de que o art. 2º da Emenda Constitucional nº 52 poderia ter sido deixado propositalmente pelos parlamentares, não para evitar postergações na promulgação, mas exatamente para forçar a aplicação imediata da emenda.

Entendo que a atecnia havida, representada pelo acréscimo, ao texto constitucional, de norma que prevê sua futura aplicação a evento já pertencente ao passado há quase 4 anos, teve como principal razão a complexidade, as peculiaridades e as dificuldades ínsitas ao processo legislativo brasileiro, fator somado, ainda, a circunstâncias políticas atuais que reativaram a pretensão de uma célere promulgação de Projeto de Emenda Constitucional que possuía, em sua tramitação final, a mesma redação de substitutivo integrante de relatório aprovado em 03.04.02, na Comissão de Constituição, Justiça e

Cidadania do Senado Federal (Parecer 244, de 2002, relator Sen. José Fogaça, DSF 12.02.02). O que realmente interessa examinar no julgamento da presente ação direta é a constitucionalidade da aplicação da nova regra eleitoral sobre coligações partidárias às eleições gerais que serão realizadas em menos de sete meses. O principal parâmetro de confronto no presente caso é, sem dúvida alguma, o art. 16 da Constituição Federal (GRACIE, Ellen. ADI 3685-8 DF).

Tese suportada pelo voto do ministro Ricardo Lewandowski:

Ora, quando se fez com que a emenda 52 retroagisse os seus efeitos às eleições de 2002 – de resto já travadas, de longa data – pretendeu-se, em verdade, contornar o princípio da anualidade, contemplado no art. 16 da Constituição, de maneira que o fim da denominada “verticalização” – sobre a qual não se faz qualquer juízo de valor –, por força de redação dada ao parágrafo primeiro do art. 17 da Carta Magna, tivesse vigência já no próximo pleito eleitoral de 2006. (...) publicistas franceses de longa data qualificam de *détournement de pouvoir*, isto é, de “desvio de poder ou de finalidade”, expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal (LEWANDOWSKI, Ricardo. ADI 3685-8 DF).

Quanto ao argumento de que uma emenda constitucional não poderia ser inconstitucional, e portanto a Emenda Constitucional nº 52 não poderia ser questionada no Supremo Tribunal Federal por se tratar de alteração na própria Constituição, disse a relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade que o princípio da anualidade deveria ser respeitado tanto formalmente quanto materialmente. Portanto, uma alteração que viesse a ter feitos sobre o andamento do pleito de 2006 deveria ter seu efeito suspenso, não importando qual instrumento legislativo tenha sido usado para levar a cabo essa alteração.

Ora, se as emendas constitucionais, conforme expressamente previsto na Constituição, são produtos gerados na existência de um processo legislativo, também elas podem, com muito mais gravidade, servir como instrumento de abusos e casuísmos capazes de desestabilizar a normalidade ou a própria legitimidade do processo eleitoral. É forçoso concluir, que em termos de impacto no contexto dinâmico de uma eleição que se aproxima, **tanto faz que a alteração se dê por emenda, lei complementar ou lei ordinária**, pois a equação das forças políticas que desaguiam, sob a vigência de certas normas, na vitória desta ou daquela possível candidatura poderá sofrer, por fator alheio à vontade popular, completa reformulação. Por esse raciocínio, todas as vezes que se pretenda burlar a norma anti-casuísta, será possível lançar mão da elaboração de emenda constitucional (GRACIE, Ellen. ADI 3685-8 DF). (Grifei)

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi considerar inconstitucional o art. 2º da Emenda Constitucional nº 52, deixando portanto a emenda de versar sobre a aplicação da nova norma. Valeria a regra de vigência expressa no texto constitucional, ou seja, a da anualidade. No entendimento do STF, a emenda é constitucional, mas não poderia ter validade nas eleições de 2006, somente nas de

2010.

Não passou em branco, no entanto, a discrepância entre o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral em 2002, quando ignorou o princípio da anualidade, e em 2006, quando invocou o art. 16 da Constituição Federal.

Aqui, a questão colocada é somente essa. Para mim, gostaria de dizer, se há esse limite para o legislador, do artigo 16 – e entendo haver esse limite, também, para o legislador constituinte –, eu diria que, também, haveria para o próprio intérprete/juiz (MENDES, Gilmar. ADI 3685-8 DF).

O ministro Sepúlveda Pertence questionou ainda a decisão do Tribunal Superior Eleitoral em sua origem, desde a edição da instrução nº 55. Para ele, houve excessos no poder regulamentar, e o Tribunal, mais que orientar uma legislação em vigor, inovou ao mudar seu sentido por meio da interpretação, e legislou ao completar lacunas na lei ao regulamentar o processo eleitoral.

Não cabe a TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer, o “silêncio eloqüente” de uma ou de outra. Com todas vênias, constitui um resíduo autoritário – frontalmente incompatível com a clara opção constitucional pela autonomia dos partidos –, tentar impor – por lei ou pela interpretação voluntarista dela – um grau preordenado de maior ou menor centralização política a todos eles, às agremiações de quadro ou de massa, às formadas em torno de um líder nacional carismático como às constituídas pela “federação” de lideranças regionais. Não aceito o argumento de que, como a Constituição não cuidava de coligações, não teria havido alteração. **Essa emenda constitucional tem história, tem folha de antecedentes. Ela é, como em tantos países democráticos já ocorreu, uma reação, às vezes possível à lei ordinária, às vezes só possível ao poder de emenda constitucional, a um entendimento jurisprudencial** (PERTENCE, Sepúlveda. ADI 3685-8 DF). (Grifei)

O ministro Gilmar Mendes declarou ainda que a questão da anualidade deveria ter sido discutida em 2002. Caso o Supremo Tribunal Federal tivesse se pronunciado na época sobre a resolução do Tribunal Superior Eleitoral, o processo eleitoral de 2002 poderia ter sido diferente e a questão não estaria sendo motivo de novo questionamento. A discussão da ADI 3685, transcrita no acórdão do Supremo Tribunal Federal, aponta insatisfação dentro da corte com a condução das decisões do Tribunal Superior Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Por último – e não estaríamos aqui a discutir a matéria se, em 2002, não tivesse havido a guinada na interpretação da ordem jurídica, se houvéssimos aberto, como costume dizer, o embrulho, quando se atacou a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, mediante ação direta de inconstitucionalidade, sob o ângulo da autonomia dos partidos políticos e da atuação do referido Tribunal, como se fosse órgão incumbido de legislar (...) Reafirmou-se que se teria, no artigo 6º da lei no 9.504/97, a verticalização? Não. Consignou-se simplesmente que, ante a resposta

dada à consulta de 2002, o Tribunal Superior eleitoral não poderia – sob pena de, aí sim, para eles, a maioria, legislar – mudar o entendimento quanto ao alcance desse artigo!
(...)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Vou-me convencer de que o artigo 16 permite qualquer mudança, menos em resolução do TSE.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De duas, uma: ou estivemos a responder uma consulta, ou estivemos, naquela assentada, a legislar (ADI 3685-8 DF)

5. A PEC DOS VEREADORES E A FIDELIDADE PARTIDÁRIA

As decisões do Tribunal Superior Eleitoral motivaram a reação do Congresso Nacional – materializada por meio da apresentação de propostas com objetivo único e exclusivo de reverter os efeitos de interpretações da corte eleitoral – em mais de uma ocasião. Nem todas lograram aprovação no Legislativo, como foi o caso da verticalização. Mas a própria tramitação de projetos de normas jurídicas no Congresso Nacional voltadas para mudar o resultado de julgamentos da corte eleitoral máxima do país demonstra como suas decisões podem – e freqüentemente o fazem – desagradar a classe política.

É o exemplo de duas matérias legislativas analisadas pelo Congresso Nacional. A Proposta de Emenda à Constituição que aumenta o número de vereadores no País, em resposta a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, de 2004, que reduziu a quantidade desses cargos; e o Projeto de Lei Complementar que regulamenta a perda de mandato de políticos que mudarem de partido, uma resposta a decisão do tribunal sobre essa modalidade de cassação de mandato eletivo que estabeleceu a fidelidade partidária no país.

Nessa última proposta, o legislador manifesta seu desconforto com os chamados excessos do Tribunal Superior Eleitoral claramente, ao incluir no texto da proposta um artigo específico para limitar a esfera de atuação do tribunal, explicitando os poderes da Justiça Eleitoral para expedir atos normativos. A emenda estabelece que o TSE só poderá editar atos por conta própria se estes estiverem diretamente vinculados a temas do processo eleitoral.

Ainda que não esteja aprovada – e mesmo que venha a ser aprovada pelo Congresso e sancionada pelo presidente da República, pode ainda vir a ser questionada judicialmente –, tal limitação explicita que o incômodo do Parlamento com as regras impostas por decisões do Tribunal Superior Eleitoral vai além dos discursos que alertam para uma invasão da competência legislativa do Congresso Nacional; e começa a tomar escopo de confronto institucional.

5.1. A REDUÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES

Entre as propostas analisadas pelo Congresso Nacional com o objetivo de reverter os efeitos de uma decisão do Tribunal Superior Eleitoral está a chamada

PEC dos Vereadores. A Proposta de Emenda à Constituição nº 333, de 2004, busca revogar os efeitos da Resolução nº 21.702 do Tribunal Superior Eleitoral, do mesmo ano. A resolução extinguiu mais de 8 mil e 500 assentos nas câmaras dos 5.563 municípios brasileiros.

No dia 2 abril de 2004, seis meses antes da realização de eleições municipais – em que são eleitos prefeitos e vereadores – a resolução do Tribunal Superior Eleitoral mudou o panorama daquele pleito. Por força daquela decisão, foram reduzidas 8.575 vagas de vereadores em todo o país, isto é, em vez dos 60.311 edis, o Brasil passou a contar, desde então, com 51.736 representantes em 5.563 Câmaras Municipais.

O propósito do TSE foi disciplinar a aplicação do art. 29 da Constituição Federal, em obediência a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão. O Supremo Tribunal Federal deu provimento parcial ao Recurso Extraordinário (RE 197917) interposto pelo Ministério Público de São Paulo, contra dispositivo da Lei Orgânica 226/90, do município de Mira Estrela (SP). O recurso contestava o parágrafo único do artigo 6º da Lei orgânica municipal, alegando desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade (artigo 29 inciso IV da Constituição Federal).

Isso porque o dispositivo fixava em onze o número de parlamentares da Câmara de Vereadores de Mira Estrela, considerando sua população, à época, de 2.651 habitantes. O Supremo Tribunal Federal entendeu, em 24 de março de 2004, que o artigo referido da Lei Orgânica Municipal era inconstitucional porque não foi observada a proporcionalidade entre o número de vereadores e o número de habitantes daquele município, como prevê a Constituição Federal.

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

-
- IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:
- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
 - b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
 - c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes (C.F.).

No dia 31 de março de 2004, o Ministério Público Eleitoral enviou uma

representação ao Tribunal Superior Eleitoral, propondo a edição de ato normativo que estabelecesse um prazo para as Câmaras Municipais adaptarem as respectivas leis orgânicas, visando o atendimento aos parâmetros de fixação do número de vereadores, e com o objetivo de “assegurar a observância da orientação emanada da Corte Suprema, não apenas, evidentemente, para o município de Mira Estrela, mas para todos os municípios brasileiros”. Foi atendendo a esse pedido que o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 21.702, baixando instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município.

Art. 1º Nas eleições municipais deste ano, a fixação do número de vereadores a eleger observará os critérios declarados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, conforme as tabelas anexas.

Parágrafo único. A população de cada município, para os fins deste artigo, será a constante da estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgada em 2003 (Resolução nº 21.702 TSE, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A resolução fixou um critério definitivo para o cálculo do número de vereadores por câmara municipal. De acordo com esse critério, as câmaras fixaram em no mínimo nove e no máximo 21 o número de vereadores em municípios com população entre 47.619 e 1 milhão de habitantes, seguindo um critério de divisão populacional a cada 100 mil habitantes. O número máximo de 55 vereadores ficou estabelecido para municípios com população acima de 6.547.612 habitantes, critério que somente enquadra São Paulo, com seus 10.886.518 habitantes. A segunda cidade mais populosa do País, o Rio de Janeiro, com 6.093.472 habitantes, tem direito a 50 vereadores.

A resolução acabou, portanto, com mais de 8 mil e 500 vagas de vereadores a seis meses das eleições municipais daquele ano, o que provocou descontentamento da classe política. A principal dúvida foi lançada sobre a competência do Tribunal Superior Eleitoral para determinar a todos os municípios brasileiros a adequação das respectivas Leis Orgânicas ao julgado no Recurso Extraordinário n.º 197.917 do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, como a decisão do Supremo Tribunal foi tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade, era relativa ao município de Mira Estrela e não teria a aptidão automática, o efeito vinculante para lançar seus efeitos sobre os demais municípios brasileiros. Como a fixação do número de vereadores é matéria inserida no campo da autonomia dos municípios, bastaria que as Leis Orgânicas obedecessem aos

números mínimo e máximo de vereadores traçados pelo art. 29 da Constituição Federal para que tais normas fossem tidas como constitucionais, não cabendo ao TSE opinar sobre as faixas internas a esses limites.

Para o jurista Renato Bernardi, a possibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral editar resoluções a respeito de assuntos eleitorais não contraria a Constituição Federal, mas o conteúdo da Resolução nº 21.702 é “materialmente inconstitucional, por ferir de morte a autonomia Municipal que, não se pode negar, não é matéria eleitoral”. Isso porque se a Lei Orgânica Municipal não observa a proporcionalidade estabelecida no inciso IV do art. 29 da Constituição Federal, tal como definida pelo julgamento do Recurso Extraordinário n.º 197.917 do STF, somente o Poder Judiciário, diante de um caso concreto, é que poderia corrigir o erro. Como ocorreu com a Lei Orgânica do Município de Mira Estrela. Em conseqüência, é de se concluir que uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral que, mesmo dispondo de força de Lei, não está inserida como medida de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no Brasil, não se presta a tal fim.

Posto isso, à vista da importância da matéria, aguarda-se que a questão seja solucionada - senão pela promulgação de Emenda Constitucional alterando o inciso IV, do art. 29, da Constituição Federal - à luz das disposições constitucionais e dos ensinamentos doutrinários pátrios atinentes ao controle de constitucionalidade e à repartição constitucional de competência, que, como se afirmou, apontam para a impossibilidade de o Tribunal Superior Eleitoral, por Resolução, fixar o número de Vereadores nos Municípios brasileiros, a uma por ter a decisão do Supremo Tribunal Federal sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, com eficácia somente entre as partes e, a duas, ante o fato de que a Constituição Federal reservou aos Municípios, e não ao Tribunal Superior Eleitoral, o poder de fixar o número de componentes do Poder Legislativo Municipal (art. 29, inciso IV) (BERNARDI, 2008).

Em reação à Resolução nº 21.702 do Tribunal Superior Eleitoral, foi apresentada no dia 20 de outubro de 2004, na Câmara dos Deputados, uma Proposta de Emenda à Constituição com o objetivo de revogar seus efeitos, restabelecendo o número anterior de vagas de vereadores em todo o País.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 333, de 2004, aumenta o número de vereadores no País para 59.791, recriando mais de 8 mil vagas. As novas faixas para a definição do número são estipuladas de acordo com a população de cada município. A proposta cria 24 faixas de números de vereadores, de acordo com o tamanho da população de cada município.

De acordo com a PEC, o número mínimo de vereadores será de nove para cidades com até 15 mil habitantes, e o máximo, de 55, para municípios com mais de

8 milhões de moradores. De novo, somente São Paulo, com seus mais de 10 milhões de habitantes, se enquadra na faixa máxima.

A Proposta de Emenda à Constituição estabelece que cidades com até 15 mil habitantes vão eleger nove vereadores; de 15 a 30 mil habitantes, 11 vereadores; de 30 a 50 mil, 13 vereadores; de 50 a 80 mil, 15 vereadores; de 80 a 120 mil habitantes, 17 vereadores; de 120 a 160 mil, 19 vereadores; de 160 a 300 mil, 21 vereadores; de 300 a 450 mil, 23 vereadores; de 450 a 600, 25 vereadores; de 600 a 750 mil, 27 vereadores; de 750 a 900 mil, 29 vereadores; de 900 a 1,05 milhão, 31 vereadores; de 1,05 milhão a 1,2 milhão, 33 vereadores; de 1,2 milhão a 1,35 milhão, 35 vereadores; de 1,35 milhão a 1,5 milhão, 37 vereadores; e de 1,5 milhão a 1,8 milhão, 39 vereadores.

Os municípios com população entre 1,8 milhão a 2,4 milhões terão 41 vereadores; de 2,4 milhão a 3 milhões, 43 vereadores; de 3 a 4 milhões de habitantes, 45 vereadores; de 4 a 5 milhões, 47 vereadores; de 5 a 6 milhões, 49 vereadores; de 6 a 7 milhões, 51 vereadores; de 7 a 8 milhões, 53 vereadores; e com mais de 8 milhões de habitantes, 55 vereadores.

O texto aumentava o número de vereadores, mas reduzia os gastos anuais com os parlamentares municipais de R\$ 6 bilhões para R\$ 4,8 bilhões, porque o limite de gastos das prefeituras com cada Câmara Municipal foi fixado em 2% a 4,5% da arrecadação. Antes da PEC, esse limite estava em R\$ 5% a 8% da receita, variando com base no número de habitantes.

As faixas de gastos com as câmaras municipais foram divididas em cinco, de acordo com a arrecadação das cidades. Os municípios com arrecadação de até R\$ 30 milhões por ano poderiam gastar com os legislativos municipais até 4,5% da receita. Arrecadação de R\$ 30 a R\$ 70 milhões anuais, gastos de até 3,75%; de R\$ 70 a R\$ 120 milhões, gastos de até 3,5%; de R\$ 120 a R\$ 200 milhões, gastos de 2,75%; e acima de R\$ 200 milhões, gastos de até 2 % do orçamento anual.

Na justificativa da proposta, o deputado Pompeo de Mattos (PDT-RS), mencionou dúvidas sobre a atuação do TSE na edição da resolução.

Tal Resolução suscitou, não obstante a necessidade entendida pelo Pretório Excelso, dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, muito embora contivesse, no seu bojo, dispondo, in verbis: "Art. 3º Sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1º, o Tribunal Superior Eleitoral promoverá a observância das novas regras. Assim, diante de todo o histórico precedente, de fato toma-se imperativo que o dispositivo constitucional despose nova

redação estabelecendo de maneira irrefutável os limites para o número de vereadores municipais (PEC 333/04, autor Dep. Pompeo de Mattos).

A PEC 333/2004 foi aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados em 28 de maio de 2008, sendo em seguida encaminhada para o Senado, onde foi aprovada em 18 de dezembro de 2008. O Senado rejeitou o artigo que tratava do limite de gastos. Por esta razão, o então presidente da Câmara, Arlindo Chinaglia (PT-SP), se recusou a participar de sessão conjunta do Congresso para promulgação da emenda. Até a impressão deste trabalho, em 18 de fevereiro de 2009, a PEC ainda não havia sido promulgada. Não há consenso sobre a validade da norma – se vai atingir os vereadores eleitos em outubro de 2008 ou se vai ter validade somente a partir das eleições de 2012.

5.2. A FIDELIDADE PARTIDÁRIA

A fidelidade partidária é tema recorrente de projetos em análise no Congresso Nacional. Seja como parte de uma proposta mais ampla, seja como um projeto individual, a perda de mandatos eletivos como resultado de mudança de partido sempre esbarrou na falta de consenso dos legisladores. Essa questão foi, no entanto, decidida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que por meio de uma resolução sobre a titularidade dos mandatos obtidos nas eleições proporcionais, tornou dos partidos o mandato, e não do eleito.

A decisão veio em resposta à Consulta (CTA) nº 1398 – feita pelo PFL (atual Democratas) – sobre troca de legenda, na qual se fez a seguinte indagação: “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

Para formular a Consulta nº 1.398, o então PFL, hoje DEM, considerou o art. 108 do Código Eleitoral, que disciplina: “Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido”.

O plenário do Tribunal Superior Eleitoral analisou a questão sobre fidelidade partidária na sessão de julgamento do dia 27 de março de 2007. Por seis votos a um, o tribunal decidiu que as vagas obtidas pelo sistema proporcional nas eleições pertencem aos partidos políticos ou às coligações, e não aos candidatos eleitos,

acompanhando o voto do relator, ministro Cesar Asfor Rocha.

O ministro começou o voto lembrando que a Constituição Federal, no art. 14, estabelece como condição de elegibilidade do cidadão, dentre outras, a filiação partidária. Assim, sem o partido, o candidato não pode concorrer nem se eleger. Também assinalou que no art. 17, a Constituição assegura aos partidos estabelecer normas de fidelidade e disciplina. Cesar Asfor Rocha ressaltou que não é ilícita a troca de partidos. No entanto, isso não pode significar que o partido perca os mandatos quando o parlamentar mudar de legenda. Nesse sentido, o ministro lembrou os artigos 108, 175, parágrafo 4º e 176 do Código Eleitoral, para demonstrar que “os votos pertencem ao partido político”. O artigo 175, parágrafo 4º, por exemplo, diz que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o registro do candidato, quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato.

“Os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”, decidiu o ministro Cesar Asfor Rocha, na Consulta 1.398. A decisão foi consolidada na Resolução nº 22.526, publicada no Diário da Justiça do dia 8 de maio de 2007.

Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária. Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor (ROCHA, Cesar Asfor. Resolução nº 22.526 TSE).

O ministro refutou, no entanto, a tese de que a fidelidade partidária estaria sendo imposta pelo Judiciário a partir de uma interpretação. Para ele, a perda do mandato dos deputados federais, estaduais e distritais e dos vereadores que mudarem de partido está implícita na legislação eleitoral.

Não se trata, como poderia apressadamente parecer, que a afirmação de pertencer o mandato eletivo proporcional ao Partido Político seja uma criação original ou abstrata da interpretação jurídica, de todo desapegada do quadro normativo positivo: na verdade, além dos já citados dispositivos constitucionais definidores das entidades partidárias e atribuidores das suas insubstituíveis atribuições, veja-se que o art. 108 do Código Eleitoral evidencia a ineliminável dependência do mandato representativo ao Partido

Político, permitindo mesmo afirmar, sem margem de erro, que os candidatos eleitos o são com os votos do Partido Político. Este dispositivo já bastaria para tornar indubitosa a assertiva de que os votos são efetivamente dados ao Partido Político; por outro lado essa conclusão vem reforçada no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, ao dizer que serão contados para o Partido Político os votos conferidos a candidato, que depois da eleição seja proclamado inelegível ou que tenha o registro cancelado; o art. 176 do mesmo Código também manda contar para o Partido Político os votos proporcionais, nas hipóteses ali indicadas. Tudo isso mostra que os votos pertencem ao Partido Político, pois do contrário não teria explicação o seu cômputo para a agremiação partidária nos casos mencionados nos referidos dispositivos do Código Eleitoral; se os sufrágios pertencem ao Partido Político, curial e inevitável dizer que o mandato eletivo proporcional, por igual, pertence ao grêmio partidário, como consequência da primeira afirmação (ROCHA, Cesar Asfor. Resolução nº 22.526 TSE).

Materialmente, no entanto, não há dúvida de que a interpretação criou uma nova norma, no sentido de que o julgamento da corte superior passou a funcionar como precedente para outras situações. A legenda que se sentisse prejudicada passaria a poder reclamar a vaga do desertor do mandato perante o Poder Judiciário, direito que antes não lhe era garantido.

Na votação da resolução, não ficou de fora a discussão do mérito de uma eventual obrigação de fidelidade partidária, vinculando o mandato ao partido e não ao eleito. Aqui, o Tribunal Superior Eleitoral adota o mesmo discurso dos defensores da fidelidade partidária no Congresso, ao taxarem a medida como fortalecedora dos partidos e da democracia representativa.

Arrisco a diagnosticar que, a despeito das peculiaridades do nosso sistema proporcional, uma das causas da debilidade dos partidos políticos reside, precisamente, nos estímulos oficiais e na indiferença popular quanto à desenfreada transmigração partidária que se observa nos parlamentos, não raro induzida por interesses menos nobres. Ora, suposto não solucionem de per si os problemas, até certo ponto naturais, das disputas intrapartidárias e dos embates por votos entre correligionários, o reconhecimento, a garantia e a vivência de que o mandato pertence ao partido, não à pessoa do mandatário, têm, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa (PELUZO, Cesar, Resolução nº 22.526 TSE).

Segundo a votar, o presidente do TSE, ministro Marco Aurélio, citou a Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), cujos arts. 24, 25 e 26 estabelecem regras de fidelidade e disciplina partidárias, salientando que não se ousa “colar a pecha de inconstitucional” a esses dispositivos. O art. 25, na opinião do ministro, deixa claro que os partidos têm o direito de penalizar seus parlamentares por comportamentos que contrariem os interesses da bancada.

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários (Lei nº 9.096/95).

Já o art. 24 da Lei dos Partidos Políticos, por exemplo, determina que “o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes” estabelecidas pela legenda. O art. 26 determina a perda automática da função ou do cargo que exerça, “na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito”.

Autor do único voto divergente nesse julgamento, o ministro Marcelo Ribeiro afirmou que, em sua convicção, não há norma constitucional ou ordinária que estabeleça a perda do mandato do parlamentar diante da situação de troca de partido ou cancelamento da filiação partidária.

Para embasar o argumento, o ministro invocou precedentes do Supremo Tribunal Federal – Mandados de Segurança 2.927 e 23.405. Essa jurisprudência mostra, segundo o ministro, que com as conseqüentes reformas constitucionais, foi excluída da Constituição Federal em vigor a regra segundo a qual a mudança de partido era causa de perda de mandato.

Nesse contexto, o ministro invocou o art. 55 da Constituição, afirmando considerá-lo exaustivo. O artigo relaciona os casos que geram a perda do mandato parlamentar, como a falta de decoro ou a suspensão dos direitos políticos, entre outras. Como o rol não abriga a troca de legenda ou cancelamento da filiação, o ministro considerou que não há base legal para se afirmar que a titularidade do mandato é do partido e não do eleito.

Em 16 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral estendeu a fidelidade partidária aos cargos majoritários – prefeitos, senadores, governadores e presidente da República. Os ministros analisaram a Consulta nº 1.407, apresentada pelo deputado federal Nilson Mourão (PT-AC) no dia 27 de março, após a decisão do TSE de que os mandatos de deputados federais, estaduais, distritais e de vereadores pertencem aos partidos políticos.

A consulta perguntava se “os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de

cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”. Durante o voto, o ministro-relator, Carlos Ayres Britto, reconheceu que nas eleições majoritárias o papel pessoal do candidato é relevante, por causa do “corpo-a-corpo” com o eleitorado, mas avaliou que os cargos estão diretamente vinculados ao poder representativo. Portanto, a fidelidade partidária deveria valer também para os eleitos pelo sistema majoritário. A decisão foi unânime, ou seja, contou com voto favorável dos 7 ministros do Tribunal Superior Eleitoral.

No dia 17 de outubro de 2007, um dia depois da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que estendeu para os cargos majoritários a fidelidade partidária, surgiu na Câmara dos Deputados uma proposta com o objetivo de regulamentar a perda de mandato do titular de mandato eletivo que mudar de partido. O Projeto de Lei Complementar 124/07, na prática, tem como foco a flexibilização da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que pune com a perda do mandato o político que trocar de legenda.

O projeto, de autoria do deputado Flávio Dino (PCdoB-MA), estabelece o prazo de 30 dias para a troca da legenda, um mês antes do término do prazo para filiação partidária, desde que o candidato dispute o mesmo cargo para o qual foi eleito. Assim, é criada uma “janela” para que o político troque de legenda. Essa janela ocorreria no período imediatamente anterior ao término do prazo de filiação partidária, que hoje é de um ano antes das eleições. Assim, o político eleito para um mandato de quatro anos poderia trocar livremente de partido no mês de setembro do terceiro ano do mandato, já que em 1º de outubro precisaria estar filiado ao partido pelo qual concorrerá à eleição seguinte. A abertura não é válida, no entanto, em disputas para cargos diferentes daquele que o eleito ocupa, como é o caso de um deputado federal que queira, por exemplo, disputar as eleições municipais ou um governo estadual.

O projeto também prevê a possibilidade de troca de partido em três outras situações: demonstração de que o partido político realizou mudanças essenciais ou está descumprindo o programa ou o estatuto partidário registrados na Justiça Eleitoral; prática de atos de perseguição no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo, objetivamente provados; e filiação visando à criação de novo partido político.

Art. 10 A perda do cargo eletivo não ocorrerá nos seguintes casos:

- I – demonstraçãõ de que o partido político realizou mudançãõs essenciais ou estã descumprindo o programa ou o estatuto partidãrio registrados na Justiça Eleitoral;
- II – prãtica de atos de perseguiçãõ no âmbito interno do partido em desfavor do ocupante de cargo eletivo, objetivamente provados;
- III – filiaçãõ visando à criaçãõ de novo partido político;
- IV – filiaçãõ visando concorrer à eleiçãõ na mesma circunscriçãõ, exclusivamente no perõido de 30 (trinta) dias imediatamente anterior ao tãrmino do prazo de filiaçãõ que possibilite a candidatura (PLP 124/07).

O autor da proposta, deputado Flãvio Dino, explicita que o objetivo do projeto é unicamente modificar a interpretaçãõ do Tribunal Superior Eleitoral. Ele menciona diretamente, na justificativa da proposta, a decisãõ do TSE que impõs a fidelidade partidãria para os mandatãrios de cargos eletivos.

A aprovaçãõ da presente proposta faz-se necessãria em razãõ de decisãõ do Tribunal Superior Eleitoral¹, referendada em acõrdãõ do Supremo Tribunal Federal², que, divergindo de interpretaçãõ anterior, transfere ao partido a titularidade dos mandatos políticos e permite a cessaçãõ do exercõcio da funçãõ por parte dos que alterem injustificadamente a sua legenda. Optou-se por submeter à Justiça Eleitoral a apreciaçãõ das desfiliações partidãrias. A espãcie normativa ora adotada tem por fundamento o art. 121 da Constituiçãõ Federal, que qualifica como matãria de Lei Complementar a organizaçãõ e competãncia dos tribunais, dos juõzes de direito e das juntas eleitorais. Os trãmites do julgamento da infidelidade partidãria devem atender ao art. 5º, inciso LV, da Constituiçãõ Federal, que eleva os princõpios da ampla defesa e do contraditõrio à condiçãõ de requisitos de legitimaçãõ de qualquer ato estatal que importe em restriçãõ ou privaçãõ de direitos. Em consonãncia com nossa Carta Maior, o PLP sugerido assegura aos acusados ampla dilaçãõ probatõria, que permitirã a avaliaçãõ da presençã de circunstãncia excludente da perda do cargo (PLP 124/07, autor Dep. Flãvio Dino).

O instrumento escolhido para modificar a resoluçãõ do Tribunal Superior Eleitoral, no caso da fidelidade partidãria, foi um Projeto de Lei Complementar, uma vez que a legislaçãõ que se pretendia mudar era a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. A referida lei regula a açãõ de impugnaçãõ de pedido de registro, de candidaturas, em seus arts. 3º a 7º.

A lei complementar se diferencia da lei ordinãria por sua previsãõ constitucional e pelo nũmero de votos necessãrios para sua aprovaçãõ. É a lei prevista pela Constituiçãõ com a finalidade de regulamentar matãria especõfica, e que por disposiçãõ do art. 69 da Constituiçãõ deve ser aprovada por maioria absoluta – tal maioria entendida como o primeiro nũmero inteiro acima da metade dos membros do plenãrio em questãõ, seja de uma comissãõ ou do prõprio plenãrio da Cãmara ou do Senado. Assim como os projetos de lei ordinãria, depois de aprovado pelo Congresso o projeto de lei complementar é sujeito à sançãõ ou veto do presidente da Repũblica.

Seu rito é mais simples que o das Propostas de Emenda à Constituição e mais exigente que o dos projetos de lei ordinária. Portanto, a modificação proposta no PLP 124/07, que tem o objetivo de modificar as resoluções do TSE, tem uma probabilidade maior de ser aprovada em tempo mais curto que o seria caso fosse necessária uma Proposta de Emenda à Constituição para reformar a decisão. Apresentado em outubro de 2007, o projeto foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 10 de julho de 2008, e ainda precisa ser votado no plenário daquela Casa antes de ser enviado para análise no Senado Federal.

5.3. LIMITES À ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Dentro da votação do Projeto de Lei Complementar 124/07, foi iniciada a discussão de um novo dispositivo com o objetivo de limitar a atuação do Tribunal Superior Eleitoral em suas decisões, visto que em sucessivas situações o legislador viu-se invadido em sua competência de legislar pela corte eleitoral.

O relator do Projeto de Lei de Complementar 124/07, deputado Leonardo Picciani (PMDB-RJ), incluiu no texto do projeto um artigo que limita os poderes da Justiça Eleitoral para expedir atos normativos, estabelecendo que o Tribunal Superior Eleitoral só pode editar atos por conta própria se estes estiverem diretamente vinculados a temas do processo eleitoral. Entre eles, calendário e propaganda eleitoral, recursos financeiros para campanhas eleitorais e a respectiva prestação de contas, pesquisas e testes pré-eleitorais, atos preparatórios da votação, nome e numeração dos candidatos, assim como totalização dos votos e diplomação dos candidatos eleitos. A Justiça Eleitoral fica proibida, portanto, de “expedir atos normativos a pretexto de interpretar decisões judiciais”.

Art. 13. A competência da Justiça Eleitoral para expedir atos normativos destinados à regulamentação da legislação eleitoral limita-se a:

- I - calendário eleitoral;
- II - alistamento eleitoral;
- III - propaganda eleitoral;
- IV - recursos financeiros para campanhas eleitorais e respectiva prestação de contas;
- V - pesquisas e testes pré-eleitorais;
- VI - atos preparatórios da votação;
- VII - nome e numeração de candidato;
- VIII - fiscalização das eleições;
- IX - votação no exterior;
- X - sistema eletrônico de votação e totalização de votos;

XI - data e modo de diplomação.

Parágrafo único - É vedado à Justiça Eleitoral expedir atos normativos a pretexto de dar cumprimento a decisões judiciais (PLP 124/07, Emenda Modificativa Nº 4).

No relatório, o deputado Leonardo Picciani critica os excessos cometidos nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, ao considerar que a Resolução nº 22.610/07, ao disciplinar os processos de perda de mandato eletivo e de justificação de desfiliação partidária, “extrapolou, a nosso ver, os limites juridicamente aceitáveis e violou o princípio constitucional da separação de poderes, basilar do Estado Brasileiro e esculpido no art. 2º da Carta Magna”. O projeto teria, portanto, o objetivo de corrigir a distorção existente, posto que “somente o Poder Legislativo da União é competente para editar normas gerais, abstratas, inovadoras e imperativas em matéria de direito eleitoral e processual”.

Legitimado pelo voto popular, o Congresso Nacional não pode permitir que outros Poderes e Instituições, salvo expressa previsão constitucional, editem atos que coloquem em risco sua atribuição de formulação da legislação federal. Das Constituições brasileiras que disciplinaram a Justiça Eleitoral, a de 1988 é, sobre a respectiva competência, especialmente inovadora. A Constituição de 1934, no art. 83, a Constituição de 1946, no art. 119, a Carta de 1967, no art. 130, e a Emenda Constitucional nº 1/69, no art. 137, enumeraram atribuições daquele ramo do Poder Judiciário. A atual Constituição Democrática limitou-se a dispor, no caput do art. 121, que lei “complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.” Assim, para o integral cumprimento da Constituição-cidadã, impõe a revisão da prática da Justiça Eleitoral consistente em expedir atos normativos que não se limitam à fiel execução da legislação eleitoral, seja complementar ou ordinária, porque tal prática atinge a competência legislativa do Congresso Nacional (PLP 124/07. Relatório Dep. Leonardo Picciani).

O projeto de lei complementar ainda está em uma etapa inicial de sua tramitação, não tendo ainda deixado sua casa de origem. Pode, portanto, sofrer muitas alterações, que venham eventualmente a retirar do texto o artigo que limita a atuação do Tribunal Superior Eleitoral em suas decisões.

E, mesmo que aprovado pelas duas casas do Congresso e posteriormente sancionado pelo presidente da República, tal dispositivo pode ainda ser questionado no Judiciário. Mesmo assim, tal iniciativa demonstra o confronto existente entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo em decorrência das interpretações do Tribunal Superior Eleitoral. Confronto esse que move o Parlamento no sentido de legislar para reverter as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, e ainda para buscar mecanismos que evitem novas intervenções consideradas excessivas da corte eleitoral na competência legislativa do Congresso Nacional.

6. CONCLUSÕES

A Justiça Eleitoral brasileira dispõe de poder normativo efetivo, conferido pela legislação, para cumprir sua atribuição de organizar o processo eleitoral. Isso porque o constituinte decidiu, no caso desse ramo do Direito, delegar a definição do universo de atuação da Justiça Eleitoral ao legislador. Ao contrário de outros ramos da Justiça, como a Federal, a Trabalhista e a Militar – que trazem na própria Constituição suas atribuições, competências e limites – a Justiça Eleitoral é regulamentada por leis complementares e ordinárias.

A legislação eleitoral brasileira – que compreende dispositivos da Constituição de 1988, a Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral); a Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições); a Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades) e a Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) – atribui à Justiça Eleitoral a tarefa de complementar a legislação para definir o processo eleitoral.

A Justiça Eleitoral é composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, pelos juízes eleitorais e pelas juntas eleitorais. É na corte máxima da Justiça Eleitoral, no entanto, que se concentra o maior poder para criar normas, por meio de suas instruções e respostas a consultas feitas por autoridades federais.

É o Tribunal Superior Eleitoral o responsável por definir a maior parte do processo eleitoral, e a esta corte foi conferido poder para editar os principais instrumentos capazes de estabelecer as regras das eleições. A essa capacidade normativa do Tribunal Superior Eleitoral chamamos de poder regulamentar. É a autoridade, prevista no Código Eleitoral e na Lei das Eleições, para editar normas com o objetivo de complementar as leis em matéria eleitoral e para regular o pleito. As duas normas prevêem a atuação do TSE para expedir as instruções que julgar “convenientes à execução” do próprio Código Eleitoral; e para tomar “quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”; além de responder sobre matéria eleitoral às consultas feitas por autoridades com jurisdição federal ou órgãos nacionais de partidos políticos.

É responsabilidade do Tribunal Superior Eleitoral, entre outras, coordenar os trabalhos eleitorais, julgar recursos contra decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, expedir instruções para tornar possível a execução da legislação eleitoral e responder às consultas sobre matéria eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral conta,

desta forma, com elevado grau de autonomia na elaboração de regras relativas ao processo eleitoral e na interpretação da lei por provocação de autoridade competente.

Na falta de limites a essa atuação, no entanto, esse poder normativo pode em alguns casos criar regras verdadeiramente novas, que extrapolam o escopo da organização das eleições, conferindo poder legiferante ao órgão maior da Justiça Eleitoral. Em especial, quando da interpretação da lei vigente, e nos casos em que essa interpretação é em sentido diferente do praticado antes da consulta.

Cumprе ressaltar que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral Superior contam, na prática do dia-a-dia, com uma normatividade efetiva. Além disso, têm efeito vinculante, ou seja, afetam todas as instâncias inferiores da Justiça Eleitoral. Isso porque a Justiça Eleitoral apresenta uma característica que a difere substancialmente dos outros ramos da Justiça no Brasil. Nesse ramo da Justiça, a jurisprudência e a doutrina representam uma fonte de Direito mais valorizada que em outros órgãos jurídicos brasileiros.

Enquanto na Justiça brasileira prevalece o sistema de *Civil Law* – baseado em normas escritas, criadas pelo Parlamento – no Direito Eleitoral se sobressai o sistema de *Common Law*, em que o Direito é criado majoritariamente pelo intérprete da lei. Assim, as decisões criam marcos, ou precedentes, que são levados em consideração em julgamentos posteriores. Isso acontece em especial nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, como instância máxima do Judiciário Eleitoral. Mesmo sem uma lei determinando o efeito vinculante, os precedentes estabelecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral são acolhidos pelos juízes e tribunais eleitorais de instâncias inferiores.

O poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral é exercido formalmente por meio de resoluções. As resoluções eleitorais são atos normativos dos tribunais que têm o objetivo de tornar possível a aplicação da legislação eleitoral e a regulação do processo das eleições, além de interpretar e disciplinar matéria, no âmbito do Direito Eleitoral, visando ao aperfeiçoamento do processo eletivo.

As resoluções podem tratar de instruções sobre propaganda eleitoral, votação, apuração, registro de candidatos e calendários eleitorais, entre outras; e ainda responder a consultas sobre a legislação vigente feitas por autoridades federais. É este segundo tipo de resolução, relativo a consultas, que pode por meio da via da interpretação modificar o ordenamento jurídico e, assim, criar normas com

efeito prático de lei que modificam a intenção inicialmente positivada pelo legislador.

A esse tipo de modificação de uma norma pela via da interpretação chamamos de mutação de uma norma. É uma mudança material de sentido de uma norma por meio da interpretação, sem alteração formal no texto desta norma. A doutrina reconhece que pela via consuetudinária é possível alterar até mesmo a Constituição Federal, por mutação de seus dispositivos.

A mutação das leis eleitorais é legítima em sentido formal, uma vez que o poder regulamentar é delegado de fato ao Tribunal Superior Eleitoral pelo Código Eleitoral e pela Lei das Eleições. Todavia, não estão postos nas leis que conferem essa atribuição os limites ao poder regulamentar pela via da interpretação, o que leva a uma excessiva capacidade legiferante efetiva por parte do Tribunal Superior Eleitoral, que termina por invadir em suas decisões a competência legislativa do Congresso Nacional.

Se as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral têm força de lei, é preciso enquadrar esses instrumentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Os principais teóricos do Direito defendem que ordenamento jurídico não é linear, mas conta com diferentes graus hierárquicos entre as leis. Portanto, são normas superiores ou inferiores, que validam e são validadas por outras dentro do mesmo sistema jurídico.

No esquema de escalonamento do sistema jurídico desenhado pelo jurista Hans Kelsen, as normas descendem de uma norma fundamental, que suporta e dá validade respectivamente à Constituição; às emendas constitucionais; às leis (ordinárias ou complementares), medidas provisórias e tratados internacionais; e a decretos, portarias, instruções normativas, ordens de serviço e resoluções. As resoluções em geral se enquadram, na pirâmide normativa, abaixo das leis, e portanto não têm força de lei ou efeito vinculante. No caso do Tribunal Superior Eleitoral, no entanto, a jurisprudência confere esse grau normativo às resoluções, que adquiriram pela via consuetudinária *status* de lei federal.

Deve se levar em conta ainda, no enquadramento das resoluções no ordenamento jurídico, o conteúdo dessas normas. As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral podem tratar de dúvidas sobre normas de diferentes graus hierárquicos e seu conteúdo. As resoluções, portanto, dispõem de certa mobilidade dentro do ordenamento jurídico, variando em função de seu conteúdo.

Como o Direito Eleitoral deriva em grande parte do Direito Constitucional, o

conteúdo das resoluções muitas vezes diz respeito a normas que constam na carta magna. Essa característica, associada ao princípio da irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral – as resoluções não podem ser contentadas, somente no próprio TSE ou no Supremo Tribunal Federal, e em casos específicos –, leva a uma constitucionalização de dispositivos legais analisados pelo TSE, antes relegados à legislação ordinária ou complementar.

Devemos lembrar ainda que o órgão máximo da Justiça Eleitoral é composto por no mínimo sete ministros, sendo três eleitos entre os ministros do Supremo Tribunal Federal, que ocupam a presidência e a vice-presidência da corte eleitoral. Por essa razão, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, quando questionadas no Supremo, já passaram por análise de parte dos seus membros e dificilmente são reformadas. Cumpre, pois, ao Legislativo editar nova norma jurídica para mudar as resoluções eleitorais, quando considera em sua maioria que o Tribunal Superior Eleitoral invadiu sua competência de legislar ao editar instruções para complementar a legislação ou ao modificar o sentido de uma lei pela via da interpretação.

O instrumento utilizado para esse tipo de modificação deve ser proporcional ao grau hierárquico da resolução. Ou seja, como não se pode editar norma inferior pretendendo modificar norma superior, e como o grau das resoluções depende de seu conteúdo, qualquer alteração deve considerar o grau hierárquico da resolução. Um dos principais mecanismos para definir esse grau é verificar qual tipo de norma motivou a consulta ao Tribunal Superior Eleitoral.

Essa mobilidade das resoluções dentro do ordenamento jurídico confere diferentes graus de dificuldade ao Congresso Nacional na tentativa de modificar ou anular as decisões do Tribunal Superior Eleitoral. Isso visto que no processo legislativo, cada tipo de proposta tem características e requisitos de tramitação diferentes. Caso se trate de um projeto de lei ordinária, o rito de tramitação é muito mais simples, por exemplo, que o de uma proposta de emenda à Constituição.

O tipo de projeto necessário para alterar uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral implica também em grau de dificuldade maior ou menor do Legislativo para reformar a decisão da corte eleitoral. Os projetos de lei ordinária passam por apenas um turno de discussão e votação, e precisam de maioria simples para serem aprovados (presente a maioria absoluta dos membros da Casa). Já os projetos de lei complementar passam por dois turnos de votação, e exigem maioria absoluta dos votos para aprovação.

Já as propostas de emenda à Constituição têm um grau de dificuldade maior para serem aprovadas. Isso porque a Constituição brasileira é classificada como rígida, ou seja, existem condições especiais para modificação do texto constitucional e de elaboração da legislação infra-constitucional. Seu próprio texto prevê um rito especial para ser modificado. As propostas de emenda à Constituição precisam do apoio de um terço de cada casa do Congresso em que for apresentada para começar a tramitar. O quorum de aprovação também é diferenciado, o maior entre todas as propostas passíveis de análise pelo Congresso: três quintos de cada casa onde for apreciada. Além disso, precisa passar por dois turnos de votação em cada casa, com cinco sessões de discussão no primeiro turno e três sessões no segundo turno.

Esse é o caso das alterações promovidas pelo Tribunal Superior Eleitoral nas resoluções que trataram das coligações eleitorais e da fixação do número de vereadores nos municípios. Nesses julgamentos, o Legislativo precisou utilizar uma proposta de emenda à Constituição para regulamentar ou anular os efeitos das decisões do Tribunal Superior Eleitoral.

No caso das coligações partidárias, o Tribunal Superior Eleitoral criou um novo mecanismo, por meio da interpretação da lei, chamado de verticalização. Partindo de uma consulta sobre a Lei nº 9.504/97, o TSE proibiu coligações entre partidos nos estados e nos municípios diferentes da coligação adotada para a eleição presidencial.

A decisão do Tribunal Superior Eleitoral sobre a verticalização foi publicada em fevereiro de 2002, a oito meses das eleições daquele ano. Isso levantou questionamentos sobre a resolução violar, e portanto ser na prática hierarquicamente superior, a princípios da própria Constituição. De acordo com o art. 16 da carta magna, normas que tratem de matéria eleitoral só têm validade se forem editadas até um ano antes das eleições; é o chamado princípio da anualidade nas eleições. Portanto, mesmo que em sentido formal a resolução não tenha ferido a legislação, a decisão foi criticada porque materialmente modificou o rumo das coligações dentro do prazo da anualidade, direito negado ao legislador.

O Congresso Nacional aprovou emenda à Constituição recuperando o sentido aplicado à lei antes da resolução do Tribunal Superior Eleitoral, e acabando com a chamada verticalização. A PEC demorou quatro anos para concluir sua tramitação no Congresso Nacional e foi promulgada em março de 2006 como a Emenda

Constitucional nº 52. Como a interpretação inicial que criou a verticalização se baseou no art. 17 da Constituição, que prevê que os partidos devem ter caráter nacional, a emenda modificou esse artigo para deixar clara a liberdade de coligação partidária. Tratou, de fato, de constitucionalizar uma matéria antes disciplinada pela Lei das Eleições. A resolução teve o efeito, portanto, de forçar um acréscimo de grau hierárquico ao tema analisado. Vale destacar que apesar de, em 2002, ter decidido alterar as regras pela via da interpretação depois do decurso do prazo da anualidade, em 2006 o TSE negou efeito à emenda constitucional para as eleições de 2006 sob o argumento de que ela violaria o princípio da anualidade.

Outra decisão do Tribunal Superior Eleitoral que exigiu uma proposta de emenda à Constituição foi a que extinguiu mais de 8 mil e 500 assentos nas câmaras dos 5.563 municípios brasileiros. Em abril de 2004, seis meses antes das eleições municipais, o Tribunal Superior Eleitoral fixou, por meio de resolução, o número de vereadores dos municípios em função da população, atribuição delegada pela Constituição aos municípios. O propósito do TSE foi disciplinar a aplicação do art. 29 da Constituição Federal, em obediência a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão.

O Supremo analisava Recurso Extraordinário do Ministério Público de São Paulo contra dispositivo da Lei Orgânica do município de Mira Estrela (SP), que fixou número de edis superior ao de outros municípios mais populosos. O Congresso aprovou em dezembro de 2008 proposta de emenda à Constituição com o objetivo de revogar os efeitos da resolução do Tribunal Superior Eleitoral, restabelecendo parte das vagas de vereadores em todo o País. Nesse caso, a tarefa antes delegada aos municípios está sendo inteiramente constitucionalizada; a emenda define os números de vereadores correspondentes a todas as faixas populacionais dos municípios brasileiros, em função da resolução do TSE.

O Congresso Nacional também agiu unicamente para reformular decisão do Tribunal Superior Eleitoral no caso da fidelidade partidária. O tribunal instituiu a fidelidade, em maio de 2007, por meio de uma resolução que respondia a consulta sobre a titularidade dos mandatos obtidos nas eleições proporcionais. Com a decisão, os partidos ganharam o direito de reclamar o mandato do desertor no Poder Judiciário. Em outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral estendeu a fidelidade partidária aos cargos majoritários – prefeitos, senadores, governadores e presidente da República.

O Legislativo analisa projeto que tem o objetivo de reformar a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que pune com a perda do mandato o político que trocar de legenda. É um projeto de lei complementar que, na prática, flexibiliza a decisão do tribunal. O projeto estabelece um prazo de 30 dias para a troca da legenda, um mês antes do término do prazo para a filiação partidária – isso desde que o candidato dispute o mesmo cargo para o qual foi eleito. Assim, é criada uma “janela” de um mês para que o político troque de legenda. O instrumento escolhido para modificar a resolução foi um projeto de lei complementar, uma vez que a legislação que se pretendia mudar era dessa natureza.

Nesse projeto de lei complementar foi incluído um dispositivo para limitar a atuação do Tribunal Superior Eleitoral ao expedir atos normativos, estabelecendo que o tribunal só pode editar atos por conta própria se estes estiverem diretamente vinculados a temas do processo eleitoral. Entre eles, calendário e propaganda eleitoral, recursos financeiros para campanhas eleitorais e a respectiva prestação de contas, pesquisas e testes pré-eleitorais, atos preparatórios da votação, nome e numeração dos candidatos, assim como totalização dos votos e diplomação dos candidatos eleitos. A Justiça Eleitoral fica proibida, portanto, de acordo com a proposta, de expedir atos normativos a partir de interpretações da lei.

As decisões do Tribunal Superior Eleitoral motivaram, portanto, a reação do Congresso Nacional – por meio da apresentação de propostas com objetivo único e exclusivo de reverter os efeitos de interpretações da corte eleitoral – em mais de uma ocasião. Nem todas lograram aprovação no Legislativo, como foi o caso da verticalização. Mas a própria tramitação de projetos de normas jurídicas no Congresso Nacional voltadas para mudar o resultado de julgamentos da corte eleitoral máxima do país demonstra como suas decisões podem – e freqüentemente o fazem – invadir a competência legislativa do Parlamento. Este, ao aprovar norma com o objetivo de reformar decisão do tribunal, afirma institucionalmente o desacordo da maioria de seus membros com a mudança de sentido causada pela interpretação do TSE.

O cenário aponta para a hipertrofia do Tribunal Superior Eleitoral em relação a outros órgãos jurídicos e ao Legislativo. Mas a atuação do tribunal, ressalte-se, é plenamente amparada pela lei. Seu poder para editar normas relativas ao processo eleitoral e às eventuais dúvidas sobre a legislação é previsto no Código Eleitoral e na Lei das Eleições. Não se fala, portanto, de ilegalidade por parte da corte, mas da

falta de regulamentação do uso de poder regulamentar e do alcance das decisões do TSE, o que confere um poder de legislar excessivo ao tribunal.

Por essa mesma razão, eventual tentativa do Congresso Nacional em limitar o poder regulamentar não resvala no princípio da separação dos poderes, uma vez que tal poder conferido ao Tribunal Superior Eleitoral não advém da Constituição Federal e, portanto, não é uma atribuição constitucional originária. É uma função delegada pelo próprio Poder Legislativo. É por essa razão que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o poder regulamentar pode ter sua área de atuação delimitada pelo Legislativo, e pode ser por este regulamentado para impedir excessos; ou para evitar que o vazio legal confira um caráter legiferante excessivo à corte eleitoral.

Em suma, quando o Tribunal Superior Eleitoral invade a competência do Congresso Nacional por meio de suas resoluções, agindo como legislador; o Parlamento em resposta atua como Judiciário, ao buscar reformar as decisões por meio da elaboração de novas normas em sentido contrário – se tornando assim uma última instância recursal às decisões da maior corte eleitoral do País.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERNARDI, Renato. Número de vereadores: Resolução TSE nº 21.702/04 x Leis Orgânicas Municipais. *Boletim Jurídico*. Uberaba/MG, a. 2, nº 88. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=335>> Acesso em: 3 out. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1995.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Manual de Redação da Presidência da República*. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior. 2ª ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2626-7 DF, rel. Min. Sydney Sanches*. 18 de abril de 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3685-8 DF, rel. Min. Ellen Gracie*. 22 de março de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 197917 SP, rel. Min. Maurício Corrêa*. 24 de março 2004

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Código eleitoral anotado e legislação*

complementar. 8. ed. rev. e atual. – Brasília : TSE, 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *História das eleições no Brasil*. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historia_das_eleicoes/capitulos/eleicoes_brasil/eleicoes.htm>. Acesso em: 11 out. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 21.002*. Diário da Justiça, Brasília, DF, 15 mar. 2002, p. 183.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 21.702*. Diário da Justiça, Brasília, DF, 12 abr. 2004, p. 91-92.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.526*. Diário da Justiça, Brasília, DF, 8 mai. 2007, p. 143.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 22.600*. Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 dez. 2007, p. 001.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 12ª ed., revista, atualizada e ampliada. Bauru, SP: EDIPRO, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito eleitoral brasileiro: o Ministério Público eleitoral, as eleições em face das Leis 9.504/97, 9.840/99, 10.732/03, 10.740/03 e 10.792/03, EC 35/01 (Imunidade Parlamentar e restrições)*. 3ª ed. rev., ampl., e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. 2ª ed., rev. e alt. Brasília: TSE/SDI, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINTO, Djalma. *Direito eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *Limitações dos Mandatos Legislativos – uma nova visão do contrato social*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.