

Reflexões sobre a separação dos poderes e a função normativa do Tribunal Superior Eleitoral

Reflections on the separation of powers and the normative function of the Superior Electoral Court

Marcelo Vieira de Campos

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Mestre em Direito, com Especialização em Direito Administrativo e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Foi Juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (2017-2022).

Marcelo Winch Schmidt

Advogado. Mestrando em Direito pelo IDP. Especialista em Direito Eleitoral pela PUC/MG e em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa.

RESUMO:

O presente artigo apresenta reflexões acerca do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e de sua função normativa, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral, em cotejo com o princípio da separação e harmonia entre os poderes. Para tanto, o estudo parte da definição de conceitos jurídicos, com vistas a pesquisa bibliográfica, com posterior verificação de atos do Tribunal Superior Eleitoral, decisões do Supremo Tribunal Federal, além de referência à tramitação de projetos legislativos que envolvem a temática eleitoral. A partir da análise de casos relevantes, busca-se ponderar acerca das críticas em relação à atuação mais ativa da Justiça Eleitoral a ensejar debates sobre possíveis excessos no exercício de sua função normativa, que poderiam consubstanciar eventual violação ao Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE:

Justiça Eleitoral. Função normativa. Separação de poderes. Estado de Direito.

ABSTRACT:

This article presents reflections on the regulatory power of the Electoral Justice and its normative function, especially of the Superior Electoral Court, in conjunction with the principle of separation and harmony between powers. To this end, the study starts from the definition of legal concepts, with a view to bibliographical research, with subsequent verification of acts of the Superior Electoral Court, decisions of the Federal Supreme Court, in addition to reference to the processing of legislative projects involving the electoral theme. From the analysis of relevant cases, we seek to consider the criticisms regarding the more active role of the Electoral Justice to give rise to debates about possible excesses in the exercise of its normative function, which could substantiate a possible violation of the rule of law.

KEYWORDS:

Electoral Justice. Normative function. Separation of powers. Rule of Law.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Separação dos poderes, funções atípicas e poder normativo da Justiça Eleitoral. 3 Casos relevantes: uma análise das manifestações da função normativa do Tribunal Superior Eleitoral e a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional nas situações concretas. 4 Conclusões. Referências.

1 Introdução

O presente texto apresenta reflexões acerca do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e de sua função normativa, especialmente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em cotejo com o princípio da separação e harmonia entre os poderes.

A constante tensão interna entre Direito e política enseja algumas reflexões sobre a separação de poderes e funções atípicas dos poderes, e o exercício da função normativa da Justiça Eleitoral.

Ao longo dos anos, em especial nas últimas duas décadas, observou-se o exercício da função normativa pelo TSE, em alguns momentos mediante provocação de atores políticos, em outros por sugestão do Ministério Público Eleitoral ou, de ofício, pelo próprio TSE.

São constantes os questionamentos formulados na comunidade jurídica e nos meios de comunicação a respeito do exercício da função normativa considerada atípica do TSE, o que reforça a importância de se debater o tema.

As reflexões propostas neste texto partem da definição de conceitos jurídicos, com vistas a pesquisa bibliográfica, com o posterior estudo de atos do TSE, decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), além da referência à tramitação de projetos legislativos que envolvem a temática eleitoral.

Com base na análise descritiva dos casos indicados, são propostas algumas reflexões, como será visto a seguir.

2 Separação dos poderes, funções atípicas e poder normativo da Justiça Eleitoral

A separação dos poderes é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. A Constituição Federal estabelece a repartição das funções do Estado em órgãos específicos por meio de cláusula pétrea, constante dos artigos 2º e 60, § 4º, III, diante de sua relevância para a manutenção da estrutura da ordem política e a estabilidade da democracia. Essa divisão de competências entre os órgãos de Estado é sedimentada na independência, autonomia e liberdade no desempenho de suas funções, além de harmonia e sintonia a partir de colaboração e controle recíproco.

A divisão de funções entre os órgãos de Estado e sua independência não são absolutas, de modo que a própria Constituição permite interferências para estabelecer um sistema de freios e contrapesos, com a finalidade de realização do controle recíproco, a fim de garantir equilíbrio, independência e harmonia entre eles, evitando abusos e excessos.

Diante da complexa e dinâmica ordem das relações sociais, o exercício das funções estatais estabelece um inafastável compartilhamento destas entre os Poderes para o exercício pleno de suas atribuições. Nesse sentido, a Constituição Federal identifica a existência de *funções típicas e atípicas* aos poderes do Estado, em sintonia entre si, necessárias ao bom funcionamento da máquina pública, de modo a que cada um funcione como freio ou contrapeso do outro.

Na identificação das *funções típicas* dos Poderes, de maneira objetiva, pode-se sintetizar que cabe ao Poder Executivo a administração do Estado, ao Poder Legislativo a elaboração de leis e a fiscalização dos atos do Executivo, e ao Judiciário julgar os conflitos, por meio da interpretação e aplicação de normas, quando provocado.

Quanto às *funções atípicas*, podem ser assim resumidas: (i) Executivo, a edição de medidas provisórias e decretos autônomos, a indicação e nomeação de ministros dos tribunais superiores e poder de veto sobre as leis aprovadas; (ii) Judiciário, a elaboração do regimento de seus tribunais, o preenchimento de lacunas legais em resposta a mandado de injunção, a edição de súmulas com caráter vinculante, as decisões normativas da Justiça do Trabalho e as Resoluções ao TSE; (iii) Legislativo, o julgamento do Presidente da República por crimes de responsabilidade, o julgamento das contas do Executivo, a edição de decreto legislativo sustando eficácia de decreto presidencial, e a aprovação ou reprovação de medidas provisórias editadas pelo Executivo.

De acordo com o texto constitucional, é prerrogativa do Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, a edição e alteração de normas legais, com a sanção do Presidente da República¹. A possibilidade de exercício de função normativa por outros Poderes, no entanto, não contraria o princípio da separação de poderes, eis que pode ser exercida pelo Executivo e pelo Judiciário ao regulamentar matéria de ordem orgânica, funcional e procedimental, e em situações de relevância e urgência como *função atípica* desses poderes de Estado, como já delimitado. Embora o próprio texto constitucional preveja situações em que os Poderes Executivo e Judiciário podem exercer a função normativa², também dispõe, em seu artigo 49, XI, ser competência exclusiva do Congresso Nacional o zelo por sua competência legislativa, em evidente aplicação da regra de freios e contrapesos.

Na atualidade, muitos são os questionamentos sobre o exercício da função normativa pelo Poder Judiciário, em especial o TSE, na regulamentação das leis que regem o processo eleitoral.

A competência regulamentar da Justiça Eleitoral encontra-se prevista na legislação ordinária, que estabelece a prerrogativa do TSE em editar instruções normativas sobre matéria eleitoral, expressamente, no Código Eleitoral (artigos 1º, parágrafo único; e 23, IX e XII, Lei nº 4.737/1965), na Lei das Eleições (art. 105, Lei nº 9.504/1997) e na Lei dos Partidos Políticos (art. 61, Lei nº 9.096/1995)³.

Portanto, pode-se afirmar que, apesar de ser competência privativa da União legislar sobre Direito Eleitoral e competência privativa do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, a Constituição Federal, de forma indireta, admite que outros órgãos editem “normas regulamentadoras”, e o seu artigo 121 remete à lei a definição da competência da Justiça Eleitoral, e a legislação eleitoral consolidou a necessidade de que a Justiça Eleitoral expeça as instruções necessárias à aplicação das leis eleitorais.

¹ Arts. 22, I, 44, 48, *caput*, 84, IV, primeira parte, da Constituição Federal.

² A título de exemplo: art. 84, XXVI, art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.

³ Além disso, também está presente na legislação recente, como na Lei nº 13.488/2017, que trouxe a prerrogativa do TSE em regulamentar as boas práticas de campanha eleitoral na internet e o funcionamento de financiamento coletivo.

Para melhor exame da matéria, deve ser feita uma breve análise sobre o poder regulamentar e a função normativa desse tribunal, bem como dos principais casos de atuação atípica identificados.

3 Casos relevantes: uma análise das manifestações da função normativa do Tribunal Superior Eleitoral e a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional nas situações concretas

Inicialmente, destaca-se o episódio em que o TSE abordou o tema do *número de vereadores nas Câmaras municipais para o pleito de 2004*. Em julgamento de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Câmara Municipal de Mira Estrela e outros (RE nº 197.917/SP), ocorrido em 24 de março de 2004, o STF fixou regras e faixas classificatórias para a definição do número de vereadores da Câmara Municipal recorrida, de modo a garantir que fosse proporcional à população do Município, em respeito à isonomia, à razoabilidade e aos limites estabelecidos no artigo 29, IV, da Constituição Federal. Por se tratar de decisão proferida em controle de constitucionalidade difuso, os critérios ali determinados seriam aplicáveis, somente, ao recorrido, sem vinculação aos demais municípios brasileiros.

Diante desse cenário, o Ministério Público Eleitoral formulou representação, em 31 de março de 2004, perante o TSE, com o objetivo de assegurar a observância, pelas demais unidades municipais, do critério fixado pelo STF no RE nº 197.917/SP. Em resposta à formulação do Ministério Público Eleitoral, foi editada a Resolução nº 21.702, de 06 de abril de 2004, que acabou por estender as mesmas regras e faixas classificatórias fixadas pelo STF, no Recurso Extraordinário em questão, para as câmaras de todos os municípios do território nacional. O resultado da edição dessa norma foi a redução de 60.277 (sessenta mil, duzentos e setenta e sete), na eleição realizada no ano de 2000, para 51.829 (cinquenta e um mil, oitocentos e vinte e nove) cargos de vereadores em todo o território nacional no pleito de 2004.

O teor da resolução foi questionado, perante o STF, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.345/DF e nº 3.365/DF. Os autores sustentaram que o texto normativo em questão decorreu de usurpação de competência legislativa e ofendeu o princípio da anterioridade eleitoral. O STF conheceu das ações, por entender que a norma impugnada estaria “impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa” para, no mérito, julgá-las improcedentes⁴, por entender que a resolução editada pelo TSE

⁴ “RESOLUÇÃO TSE Nº 21.702/2004 - DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS, PELAS CÂMARAS MUNICIPAIS, NA FIXAÇÃO DO RESPECTIVO NÚMERO DE VEREADORES - ALEGAÇÃO DE QUE ESSE ATO REVESTIR-SE-IA DE NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR - RECONHECIMENTO DO CONTEÚDO NORMATIVO DA RESOLUÇÃO QUESTIONADA - PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO REJEITADA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em tema de fiscalização concentrada de constitucionalidade, firmou-se no sentido de que a instauração desse controle somente tem pertinência, se a resolução estatal questionada assumir a qualificação de ato normativo (RTJ 138/436 - RTJ 176/655-656), cujas notas tipológicas derivam da conjugação de diversos elementos inerentes e essenciais à sua própria compreensão: (a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes. Precedentes. - Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, que, impugnada na presente ação direta, encerra, em seu conteúdo material, clara ‘norma de decisão’, impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa: fatores que bastam para o reconhecimento de que o ato estatal em questão possui o

estaria "legitimada pelo postulado da força normativa da Constituição" e que se limitou a explicitar o quanto decidido pela Corte Suprema no julgamento do RE nº 197.917, com o intuito de garantir a efetividade da aplicação do disposto no artigo 29, IV, da Constituição Federal.

Para o pleito municipal subsequente, realizado em 2008, o Congresso Nacional regulamentou o tema, por meio da PEC nº 333/2004, que resultou na promulgação da Emenda Constitucional nº 58/2009, com a finalidade de alterar a redação do artigo 29, IV, do texto constitucional, e redefinir as disposições atinentes às regras e faixas classificatórias para a composição das Câmaras Municipais, para estabelecer o total de vereadores para o pleito de 2008 em 51.949 (cinquenta e um mil, novecentos e quarenta e nove), número semelhante ao anterior à Resolução editada pelo TSE em 2004.

A análise do presente exemplo induz à reflexão de que as resoluções do TSE representam um dos elementos de sua independência, necessária para administração das eleições e para assegurar o pleno exercício de suas funções. Tais normas são editadas com base nas necessidades verificadas pela inexatidão ou lacunas deixadas pelas leis, e se traduzem em instrumentos para a fiel aplicação da legislação eleitoral. Evidenciam-se, assim, como atos necessários para o bom desenvolvimento das eleições e o exercício dos direitos políticos. As resoluções são autônomas, atos administrativos subordinados à lei e à Constituição, possuem natureza jurídica de ato normativo, devem ser observadas pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior e pelos atores do processo eleitoral. Podem ser permanentes, aplicadas até sua revogação por outra resolução ou por lei – como ocorre no caso em análise, ou específicas para uma determinada eleição, com vigência temporária.

O segundo caso de relevância para o presente texto diz respeito ao tema *perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária*. Por meio da Consulta nº 1.398/2007, o TSE foi instado a delimitar se os partidos e coligações teriam o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional em caso de pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda, em observância ao corolário da fidelidade partidária.

necessário coeficiente de normatividade qualificada, apto a torná-lo suscetível de impugnação em sede de fiscalização abstrata. [...] CONSAGRAÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, COM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 21.702/2004, DOS POSTULADOS DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. - O Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a Resolução nº 21.702/2004, consubstanciadora de mera explicitação de anterior julgamento do Supremo Tribunal (RE 197.917/SP), limitou-se a agir em função de postulado essencial à valorização da própria ordem constitucional, cuja observância fez prevalecer, no plano do ordenamento positivo, a força normativa, a unidade e a supremacia da Lei Fundamental da República. EFEITO TRANSCENDENTE DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO JULGAMENTO DO RE 197.917/SP - INTERPRETAÇÃO DO INCISO IV DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO. - O Tribunal Superior Eleitoral, expondo-se à eficácia irradiante dos motivos determinantes que fundamentaram o julgamento plenário do RE 197.917/SP, submeteu-se, na elaboração da Resolução nº 21.702/2004, ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional. - O TSE, ao assim proceder, adotou solução, que, legitimada pelo postulado da força normativa da Constituição, destinava-se a prevenir e a neutralizar situações que poderiam comprometer a correta composição das Câmaras Municipais brasileiras, considerada a existência, na matéria, de grave controvérsia jurídica resultante do ajuizamento, pelo Ministério Público, de inúmeras ações civis públicas em que se questionava a interpretação da cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da Lei Fundamental da República. [...]". (STF, ADI 3.345/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 25/08/2005, DJe 19/08/2010)

Diante dessa provocação, foi editada a Resolução nº 22.526 do TSE, de 27 de março de 2007. Em resposta afirmativa à consulta, a Corte eleitoral definiu que o mandato eletivo pertence ao partido e, como regra, o parlamentar, que se transferir para outra legenda durante o período para o qual foi eleito, fica impedido de prosseguir no exercício do mandato. Ficaram ressalvadas algumas situações específicas, mediante devida justificação. A referida norma foi questionada no STF, por meio dos Mandados de Segurança nº 26.602/DF, nº 26.603/DF e nº 26.604/DF, todos impetrados em 2007. Tais impetrações foram julgadas improcedentes, ocasião em que o STF corroborou o posicionamento do TSE sobre a fidelidade partidária⁵, consolidado na resposta à Consulta nº 1.398/2007 – tanto que estabeleceu a data deste julgamento como marco temporal a partir do qual deve ser respeitada a regra em questão, o que resultou em mudança na jurisprudência do próprio STF em relação ao tema.

Posteriormente, o TSE editou novo ato normativo (Resolução nº 22.610, de 25 de outubro de 2007), a fim de disciplinar os procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda de cargo eletivo, ocasião em que estabeleceu que cabia ao partido político interessado requerer, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda do cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

Novamente, a resolução foi questionada no STF. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF e nº 4.086 questionaram o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral, bem como sua competência para dispor sobre a perda de mandatos eletivos, sob a alegação de inovação no ordenamento jurídico, violação da reserva de lei complementar para definição da competência dos tribunais eleitorais e usurpação da competência dos poderes Legislativo e Executivo em dispor sobre matéria eleitoral, em desrespeito ao princípio da separação de poderes. As ações foram julgadas improcedentes pelo STF, ocasião em que ficou declarada a competência do TSE para tratar da matéria até que o Congresso Nacional editasse norma sobre o tema⁶. Posteriormente, no julgamento

⁵ "CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V E 55, I A VI DA CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, RESSALVADO ENTENDIMENTO DO RELATOR. SUBSTITUIÇÃO DO DEPUTADO FEDERAL QUE MUDA DE PARTIDO PELO SUPLENTE DA LEGENDA ANTERIOR. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA QUE NEGOU POSSE AOS SUPLENTES. CONSULTA, AO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, QUE DECIDIU PELA MANUTENÇÃO DAS VAGAS OBTIDAS PELO SISTEMA PROPORCIONAL EM FAVOR DOS PARTIDOS POLÍTICOS E COLIGAÇÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07]. EXCEÇÕES DEFINIDAS E EXAMINADAS PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DESFILIAÇÃO OCORRIDA ANTES DA RESPOSTA À CONSULTA AO TSE. ORDEM DENEGADA. 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. 5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada". (STF, MS 26.602/DF, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe 16/10/2008)

⁶ "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta

da ADI nº 5.081/DF, que também questionava o teor da Resolução nº 22.610/2007, do TSE, o STF entendeu pela inaplicabilidade da regra que estabelece a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária no âmbito do sistema majoritário, em razão da lógica e da dinâmica diversas entre este e o sistema proporcional, a fim de priorizar a vontade do eleitor e a soberania popular.

O Congresso Nacional veio a editar norma a respeito da fidelidade partidária em 2015, por meio da Lei nº 13.165, que incluiu o art. 22-A na Lei Federal nº 9.096/1995, onde definiu as hipóteses de justa causa para a desfiliação partidária.

Da análise do caso em comento, decorre a necessidade de identificar como se dá o exercício da função consultiva da Justiça Eleitoral. Pode-se afirmar que essa ocorre por meio de resposta a consultas sobre matéria eleitoral, formuladas por autoridade legitimada, com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político, sobre determinada norma eleitoral em vigor, que devem conter problemas em tese, sendo vedadas indagações sobre fatos concretos e que não envolvam julgamento de litígio.

No caso ora em análise, tem-se que o exercício da função consultiva do TSE avançou para além daquilo a que se propõe⁷ e resultou na edição de Resolução com impacto nas regras eleitorais para o pleito subsequente, o que foi confirmado em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Evidencia-se, portanto, que os freios e contrapesos inerentes ao Estado de Direito pátrio realizaram-se de forma satisfatória, especialmente considerando que o Congresso Nacional – ainda

de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, *caput* e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato 'pertenceria' ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente". (STF, ADI 3.999/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 12/11/2008, DJe 16/04/2009)

⁷ As funções normativa e consultiva decorrem da relevante função desempenhada pela Justiça Eleitoral na gestão, administração, execução e condução de todas as fases do processo eleitoral, desde o registro das candidaturas até a apuração dos votos, necessitando de aparatos normativos suficientes para administrar e concretizar as eleições.

que com alguns anos de demora – regulamentou o tema, completando o ciclo institucional do controle das funções atípicas dos poderes.

O terceiro caso de destaque aborda o tema da *inaplicabilidade imediata da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010*. Por meio da Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, o TSE foi provocado a debater a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, já ao pleito eleitoral daquele ano. O questionamento foi respondido afirmativamente, “no sentido de que a Lei Complementar nº 135/2010 tem aplicação imediata”, sob o fundamento de que “seus termos não deixam dúvida quanto a alcançar situações anteriores ao início de sua vigência, e conseqüentemente, as eleições do presente ano, de 2010”.

Contra essa decisão, foram ajuizadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29/DF e nº 30/DF, além da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/AC. As referidas ações foram julgadas em conjunto, em 16 e fevereiro de 2012, ocasião em que o STF declarou a “constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas ‘c’, ‘d’, ‘f’, ‘g’, ‘h’, ‘j’, ‘m’, ‘n’, ‘o’, ‘p’ e ‘q’ do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90”, decorrentes da Lei Complementar nº 135/2010 e reconheceu a “inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição”⁸.

Identifica-se, portanto, relevante episódio de limitação do exercício da função normativa pelo TSE por meio de controle concentrado de constitucionalidade.

O caso analisado evidencia que o exercício do poder regulamentar da Justiça Eleitoral possui limitação: (i) não pode inovar o ordenamento jurídico, dispondo sobre matéria não regulamentada em leis infraconstitucionais, nem criar direitos e obrigações não previstos na legislação eleitoral, restringir direitos ou estabelecer sanções diversas daquelas já previstas em lei; (ii) sua validade é condicionada à estrita compatibilidade com a Constituição Federal e a legislação eleitoral; (iii) está sujeito ao controle de legalidade ou constitucionalidade do ato, uma vez que se enquadra no conceito de ato normativo com as características da impessoalidade, abstração e generalidade, estabelecido no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal; e (iv) deve observar os princípios da separação de poderes, hierarquia das normas, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, anualidade da lei eleitoral.

⁸ “AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: [...] CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. [...] 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas ‘c’, ‘d’, ‘f’, ‘g’, ‘h’, ‘j’, ‘m’, ‘n’, ‘o’, ‘p’ e ‘q’ do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral)”. (STF, ADC 29/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16/02/2012, DJe 28/06/2012)

O quarto caso que merece atenção trata do *fomento à participação política de pessoas negras*. No ano de 2019, foi formulada a Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000⁹, que o TSE foi instado a se manifestar sobre a possibilidade de reserva de vagas e distribuição proporcional do Fundo Partidário, do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e do tempo de propaganda eleitoral para candidaturas de pessoas negras, na esteira do paradigma assentado na Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 – que tratou da distribuição de recurso e do tempo de rádio e televisão, no patamar mínimo de 30% para as candidaturas femininas, em observância à regra do § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.504/1997.

Na sessão de julgamento do dia 25 de agosto de 2020, o TSE respondeu de modo afirmativo aos quesitos nos seguintes termos: a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos artigos 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5.617/DF. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção. O posicionamento firmado na oportunidade pode ser assim sintetizado: (i) os recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas e o tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão destinados às candidaturas de mulheres, pela aplicação das decisões judiciais do STF na ADI nº 5.617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF, devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações; (ii) os recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas e o tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações; e (iii) aplicação do entendimento a partir das Eleições 2022.

A decisão da referida consulta foi levada ao STF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 738/DF, para que a tese fixada pelo TSE fosse aplicada já para as eleições de 2020, alegando inexistir contrariedade ao princípio ou regra da anterioridade eleitoral, previsto no artigo 16 da Constituição Federal ao defender que o referido dispositivo se refere apenas à lei que alterar o processo eleitoral, excluindo, portanto, regulamentos editados com a finalidade de regulamentar e garantir a execução de regras para as eleições. Em 10/09/2020, a medida liminar foi deferida, "*ad referendum* do Plenário do STF, para determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47"¹⁰, com aplicabilidade imediata para as eleições de 2020. Vale registrar, que o Ministro Relator assinalou, por ocasião da

⁹ A consulta apresentada ao TSE tinha a seguinte delimitação: "possibilidade de: (i) garantir às candidatas negras percentual dos recursos financeiros e do tempo em rádio e TV destinados às candidaturas femininas no montante de 50%, dada a distribuição demográfica brasileira; (ii) instituir reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos termos da cota de gênero prevista na Lei nº 9.504/1997; (iii) determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando-se a estes no mínimo 30% do total do FEFC; e (iv) assegurar tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão proporcional às candidaturas de pessoas negras, respeitando-se o mínimo de 30%".

¹⁰ STF, ADPF MC 738/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 10/09/2020, DJe 11/09/2020.

medida liminar, que inexistia inovação às normas relativas ao processo eleitoral. Em 05/10/2020, o Pleno do STF referendou a medida liminar anteriormente concedida. Em 14/06/2021, o Ministro relator julgou no seguinte sentido: “[...] prejudicado o exame do mérito da ADPF pelo exaurimento do objeto, em decorrência do cumprimento da medida cautelar deferida”, uma vez que, “as determinações impostas pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta 600306-47 foram observadas já nas eleições de 2020”¹¹.

Atualmente, estão em trâmite, no Congresso Nacional, os Projetos de Lei nº 8.350/2017, 9.693/2018 e 4.041/2020, para dispor sobre a reserva, por parte dos partidos políticos, de cotas mínimas para candidaturas de pessoas negras nas eleições para o Poder Legislativo, assegurados recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas e o tempo de propaganda eleitoral em rádio e televisão.

Esse relevante caso de exercício do poder normativo da Justiça Eleitoral suscita reflexão sobre os fundamentos que permitem e ensejam essa atuação. O exercício das funções atípicas deve ter como pretexto o interesse público e como parâmetro o respeito aos princípios constitucionais e a proteção aos direitos fundamentais. Trata-se de uma atividade atípica da Justiça Eleitoral, que possui caráter subsidiário, adotado quando for especificamente necessário em situações de omissão legislativa, a fim de completar suas carências, afastando a possibilidade de lacunas e divergências normativas.

Pode-se inferir desse relevante exemplo concreto do exercício da função normativa da Justiça Eleitoral que essa supre as omissões do Legislativo, preenchendo o vazio da lei que demande providências imediatas e necessárias à administração e controle do processo eleitoral, em prol do interesse público, evitando a violação ao princípio da soberania popular, ficando vigente até atuação do legislativo.

Finalmente, em 2022, tem-se o quinto episódio de destaque, o qual abordou o *enfrentamento à desinformação*. Em 20 de outubro de 2022, o TSE editou a Resolução nº 23.714, por meio da qual dispôs sobre o “enfrentamento à desinformação atentatória à integridade do processo eleitoral”. Tal ato foi motivado pela intensificação da proliferação de notícias falsas relacionadas ao processo eleitoral, e teve por escopo assegurar ao cidadão o acesso de maneira ágil a informações oficiais, de modo a prevenir a propagação de informações sabidamente inverídicas, a fim de resguardar a liberdade de escolha e o direito fundamental do eleitor de ter acesso às informações adequadas, com respaldo no artigo 323 do Código Eleitoral. O referido ato normativo explicitou quais condutas estavam vedadas, estabeleceu a possibilidade de que o TSE determinasse a remoção de tais conteúdos e a aplicação de multa em caso de descumprimento, além de prever outras punições aos envolvidos, como a suspensão temporária de perfis, contas e canais. Além disso, proibiu a veiculação de propaganda eleitoral paga, em meios eletrônicos, nas 48 horas que antecedem a eleição, até 24 horas após o encerramento do pleito.

A constitucionalidade da atuação do TSE foi questionada perante o STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.261/DF. Na petição inicial, foi requerida a concessão de liminar para suspender dispositivos da referida resolução, sob alegação de inovação indevida no ordenamento jurídico, de

¹¹ STF, ADPF 738/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 14/06/2021, DJe 15/06/2021.

ampliação do poder de polícia da Presidência do TSE, de ofensa aos princípios da colegialidade, do juiz natural e do duplo grau de jurisdição. A liminar foi indeferida pelo Ministro relator, em 22/10/2022, “por não identificar a presença dos pressupostos legais e dada a necessidade imperiosa de se garantir a segurança jurídica quanto ao regramento incidente sobre as eleições”¹². A decisão foi referendada pelo Pleno do STF, em 26/10/2022. Atualmente, os autos estão conclusos ao relator, para julgamento do mérito.

A matéria foi objeto de propostas apresentadas no Congresso Nacional. Os Projetos de Decreto Legislativo nº 368/2022 e 371/2022 debatem a suspensão dos efeitos da resolução em análise, sob a justificativa de que o TSE teria extrapolado suas funções, ultrapassado os limites de seu poder normativo regulamentador e legislado em matéria eleitoral. O tema é objeto de debate, também, no Projeto de Novo Código Eleitoral, em trâmite por meio do Projeto de Lei Complementar nº 112/2021, que busca atualizar as condutas configuradas de crimes eleitorais, relacionadas à divulgação de fatos inverídicos, com a previsão de penas mais graves para tais práticas. Os referidos projetos legislativos estão em tramitação.

Dessa reflexão, do caso analisado, ao nosso sentir, pode-se concluir que a atuação do TSE busca trazer estabilidade institucional ao pleito em questão, com o objetivo de cumprir sua finalidade de regulamentar, organizar e executar as eleições, atuando diretamente no controle do processo eleitoral, garantindo a soberania da vontade popular, a lisura do pleito eleitoral e a verdade das urnas.

4 Conclusões

Feitas as considerações sobre o exercício da função normativa da Justiça Eleitoral em cotejo com o princípio da separação dos poderes e a atuação concreta desses a partir dos exemplos relevantes analisados, pode-se concluir que:

- (i) O Poder Judiciário, por meio da Justiça Eleitoral, desempenha função relevante na condução das eleições, atua em todas as fases do processo eleitoral, a fim de assegurar a isenção e a lisura do processo;
- (ii) Essa atuação não se limita ao exercício da atividade jurisdicional, mas também se consolida mediante o desempenho das funções de regulamentar, organizar e executar as eleições, além do caráter normativo;
- (iii) Existe controvérsia na doutrina e críticas de setores da sociedade acerca da atuação mais ativa da Justiça Eleitoral a ensejar debates sobre possíveis excessos no exercício de sua função normativa;
- (iv) O poder regulamentar da Justiça Eleitoral¹³ decorre da vontade do legislador de outorgar ao Poder Judiciário a competência para regulamentar as eleições no Brasil, que se manteve presente durante toda a existência da Justiça Eleitoral, por meio de previsão na legislação infraconstitucional eleitoral, que permitiu a expansão da finalidade normativa;

¹² STF, ADPF MC nº 7.261/DF, Relator Ministro Edson Fachin, j. 22/10/2022, DJe 25/10/2022.

¹³ Encontra respaldo no artigo 121 da Constituição Federal, que remete à Lei Complementar a prerrogativa de dispor sobre a competência dos Tribunais. Na ausência de Lei Complementar até o presente momento, tem-se que o tema é regido pelo artigo 23, IX, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), o qual foi recepcionado pela Constituição Federal como Lei Complementar material.

(v) O exercício de tal função, portanto, não invade a competência ou retira a legitimidade do Poder Legislativo, mas serve de instrumento de auxílio para regular, instruir e administrar as eleições, mediante o preenchimento de lacunas não solucionadas pela legislação eleitoral.

(vi) Trata-se de um poder-dever e uma prerrogativa necessária para o alcance de suas finalidades, não verificando violação ao Estado de Direito, desde que observados os limites legais e constitucionais correspondentes, em especial os princípios da separação de poderes, legalidade, proporcionalidade, anterioridade da lei eleitoral e hierarquia das normas.

Referências

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº 112/2021*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9017420&ts=1686139261447&disposition=inline&gl=1*1yp4mag*_ga*MTE1MTU1MTM4MC4xNjc3Nzc3OTMy*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4NjE4OTYyNy4xLjAuMTY4NjE4OTYzMC4wLjAuMA. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADC 29/DF*, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16/02/2012, DJe 28/06/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADI 3.345/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 25/08/2005, DJe 19/08/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADI 3.999/DF*, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 12/11/2008, DJe 16/04/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADPF 738/DF*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 14/06/2021, DJe 15/06/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346697628&ext=.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADPF MC 738/DF*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 09/09/2020, DJe 11/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344370519&ext=.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *ADPF MC nº 7.261/DF*, Relator Ministro Edson Fachin, j. 22/10/2022, DJe 25/10/2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354354363&ext=.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. STF. *MS 26.602/DF*, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 04/10/2007, DJe 16/10/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TSE. *Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000/DF*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, j. 25/10/2020. Disponível em: <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2020/10/1/16/43/6/52de58d73c9c77d3782f0c8c0d7c68acc9d5d4e6968ea39d2e7cc9622213c19f>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TSE. *Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000/DF*, Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-consulta-1120pdf.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. TSE. *Resolução nº 23.714/2022*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>. Acesso em: 15 maio 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

FRANCA, Felipe Gallo da. *A governança eleitoral: um enfoque sobre o protagonismo do poder judiciário no processo eleitoral*. 2020. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/43308>. Acesso em: 16 abr. 2023.

JACOB, João Paulo Ramos. *Justiça eleitoral: entre o autoritarismo e a democracia*. 2018. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16102020-140242/pt-br.php>. Acesso em: 16 abr. 2023.

LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. *Controle do poder normativo da justiça eleitoral*. 2017. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=105584#>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III: direito eleitoral e direito parlamentar*. 3. ed. Lisboa: AAFDUL, 2003.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022.