



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL
Des. Virgínio Marques Carneiro Leão

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE PERNAMBUCO

REVISTA DE

Estudos Eleitorais

Recife | Volume 3 | Número 5

ISSN 2594-3677

UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO PODER NORMATIVO DO TSE, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CASO DAS RESOLUÇÕES N° 22.526 E 22.610¹

Jéssica de Araújo Ferreira Pires²

1 Artigo recebido em 08/03/2019 e aprovado para publicação em 12/07/2019

2 Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário dos Guararapes - UNIFG. Pós-Graduada em Direito Público pela LFG. cursando Pós-Graduação em Direito Eleitoral na ESA-PE. E-mail: jafpires.adv@gmail.com

UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO PODER NORMATIVO DO TSE, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CASO DAS RESOLUÇÕES Nº 22.526 E 22.610

Jéssica de Araújo Ferreira Pires

RESUMO

Trata de uma análise sobre os limites do Poder Normativo do TSE e o princípio da separação dos Poderes. O objetivo do trabalho é examinar os aspectos constitucionais das Resoluções nºs 22.526 e 22.610 editadas pelo TSE, a jurisprudência do STF no tema, ao “constitucionalizar” tais normas, que versam sobre matéria de direito eleitoral e processual eleitoral, especificamente a fidelidade partidária e a perda do mandato eletivo. Essa dicotomia constitucional resulta em insegurança jurídica e prejuízo ao direito dos candidatos, representando uma ameaça ao Estado Democrático do Direito. O ponto de partida teórico se lastreia na doutrina brasileira, exame do bojo normativo, com foco na CF/88, as Resoluções do TSE 22.526 e 22.610, Lei nº 13.165/2015 e estudo jurisprudencial do STF, desaguando em uma análise da atual crise institucional na tripartição de poderes e a segurança jurídica. Por fim, conclui-se pela importância da manutenção do Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais e a preservação da independência das instituições.

Palavras - chave: Separação de Poderes. Segurança jurídica. Fidelidade partidária. Inconstitucionalidade. Judicialização. Estado Democrático do Direito.

1 INTRODUÇÃO

O poder normativo a qual o Supremo Tribunal Federal chancelou ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) faz com que haja inovação jurídica em matéria eleitoral e processual eleitoral, tal competência normativa em face da Constituição Federal (CF) de 1988 é inconstitucional, tendo em vista que as matérias supracitadas devem ser editadas pela União através de leis, bem como as resoluções

trazidas na Constituição Federal possuem o condão de regulamentar a lei, *secundum legis*, e não dispor uma inovação jurídica.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a arbitrariedade do poder normativo, da “competência normativa”, do Tribunal Superior Eleitoral e a convivência do Supremo Tribunal Federal (STF) em constitucionalizar tal competência, bem como, mostrar que essa prática exercida pelo TSE afronta o princípio da separação dos poderes, delimitando-o ao estudo da Resolução nº 22.610, face a ADI 3.999 e os postulados constitucionais.

A estruturação da pesquisa do presente trabalho foi realizada através de estudo da doutrina, jurisprudência, leis e normas. No tocante à jurisprudência, delimitou-se ao julgado da ação direta de inconstitucionalidade 3.999/DF e as demais nos respectivos temas de relevância, com o objetivo de demonstrar o equívoco na decisão pela constitucionalidade das resoluções do TSE, além de demonstrar a absurda afronta a separação dos poderes gerando uma insegurança jurídica na seara eleitoral.

Busca-se, concluir neste estudo, a importância de se observar: 1) as normas constitucionais, 2) da separação dos poderes; 3) as consequências da jurisprudência contrária ao texto maior e sua afronta ao Estado Democrático de Direito.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes, ou dos freios e contrapesos, surgiu da ideia que deve haver uma repartição equilibrada dos poderes entre os diferentes órgãos, sendo uma forma de garantir que nenhum deles ultrapasse os limites estabelecidos pela Constituição sem ser comprimido pelos demais. Esta classificação surgiu inicialmente através de Aristóteles, em sua obra a “Política”, posteriormente desenvolvida por John Locke, a qual previu o legislativo e o executivo, e em seguida por Montesquieu, na sua obra *L'Esprit des lois*¹, onde foi possível “constatar, com base na experiência eterna, que todo aquele que é investido no poder tende a dele abusar até que encontre limites”. (Novelino, 2018, p. 286).

Nos ensinamentos de Agra

1 O espírito das leis

(2018, p. 160): A Visão de Montesquieu apresenta algumas deficiências. A separação dos Poderes por ele formulada não se identifica com a concebida na atualidade - sua importância reside no fato de ter sido o ponto inicial para a revolução da repartição dos poderes, até chegar a forma praticada nos dias atuais. Exemplo da primariedade da repartição de poderes por ele estruturada é que o executivo exerceria competência sobre uma matéria jurídica, o direito das gentes, cabendo ao judiciário exercer competência sobre direito civil.

Ainda, segundo as lições de Agra (2018, p. 160) a expressão separação de poderes foi externada de forma errônea, tendo em vista que o poder advindo da soberania é uno, sendo repartido as funções exercidas por estes poderes. A Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente a separação dos Poderes e o consagrou como cláusula pétrea.

A separação dos Poderes tem como objetivo evitar a tirania, o absolutismo, fortalecendo o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais. Os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, segundo Silva (2011, p. 109), em sua obra, relata que a divisão de poder se fundamenta em dois elementos, sendo eles:

[...] a especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função [...] independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.

Ou seja, as instituições que compõem a Federação não necessitam uma da outra para exercer suas funções, buscando a maior especialização na área de atuação e melhorando sua eficácia, e não criando obstáculos para o exercício funcional dos demais, por isto a expressão independente, entretanto, essa independência de atuação não pode ser de forma isolada, já que a soberania é una, por isto a existência da harmonia entre eles. A nossa Lei

Maior trouxe toda uma estrutura organizacional garantindo a independência funcional, como, também, atribuições para o controle recíproco, buscando assim evitar abusos que afronte a legalidade, segurança jurídica e supremacia da constituição, sendo indispensável para o exercício do Estado Democrático de Direito.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está ligado à segurança jurídica sendo uma garantia voltada a proteção dos direitos fundamentais, esse princípio tem por finalidade limitar o poder do Estado impedindo ações e medidas arbitrárias, como se observa na obra Novelino (2018, p. 430):

[...] destaca o duplo significado atribuído ao princípio: protege o particular contra possíveis desmandos do executivo e do próprio Judiciário; e, representa o marco avançado do Estado de Direito, procurando conformar os comportamentos às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Para sua plena realização, o princípio exige a elaboração de lei em sentido estrito, veículo supremo de vontade do Estado, elaborada pelo parlamento. Todavia, quando a constituição preceitua que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5º, II), esta deve ser interpretada em sentido amplo. Por isso, observadas as limitações materiais e formais, a imposição de deveres pode ser veiculada por todos os atos normativos primários compreendidos no artigo 59 da Constituição: emendas, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Ao personificar a expressão em virtude de lei, refere-se ao sentido formal do princípio da legalidade, onde apenas os dispositivos elencados no art. 59, CF podem determinar obrigações e omissões à população. Já a legalidade em sentido material é aquela direcionada à Administração Pública, a qual os seus agentes só podem fazer o que a lei autorizar.

O princípio da legalidade pode ser restringido durante o estado de defesa (art. 136, CF) e de sítio (art. 137, CF). Cabe salientar que o princípio supracitado, que consiste na submissão ao processo legislativo constitucional, é mais amplo que o princípio da reserva legal que só incide em determinadas matérias definidas pela constituição, onde, segundo Novelino (2018, p. 430):

[...] quando a Constituição exige a regulamentação integral de sua norma por lei em sentido formal, trata-se de reserva legal absoluta; se, apesar de exigir a edição desta espécie normativa, permite que a lei apenas fixe parâmetros de atuação a serem complementados por ato infralegal, de reserva legal relativa. (NOVELINO, 2018, p. 430.)

E, nos ensinamentos de Agra (2018, p. 52):

O estado de direito é uma situação jurídica na qual as atividades do cidadão e do Estado estão subordinadas a lei. Ou seja, nesse sistema institucional há uma observância a hierarquia normativa, à separação dos poderes e aos direitos humanos.

O princípio da segurança jurídica é um dos subprincípios básicos do Estado Democrático de Direito, que tem por objetivo materializar a estabilidade das relações já consolidadas, protegendo o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Noutras palavras, tanto o princípio da segurança jurídica como o princípio da legalidade, tanto no sentido formal quanto no material, buscam garantir a estabilidade ao cidadão para as práticas na atividade cotidiana, como, por exemplo, ao realizar o seu registro de candidatura para a eleição saber de todas as regras envolvidas naquela situação.

4 PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte é responsável pela escolha e formalização dos conteúdos da constituição; e, os poderes constituídos são aqueles estabelecidos, criados por ela, são eles: o poder constituinte originário, o decorrente e

o derivado.

O primeiro, poder constituinte originário, pode ser resumido como um poder político, natural e supremo, responsável por criar, estabelecer, definir a constituição de um Estado. Quanto a sua titularidade, há divergência na doutrina, para a corrente majoritária seria da soberania do povo, para a minoritária, não seria apenas do povo, mas também do monarca, as elites dirigentes. Suas características tradicionais, o que diferencia dos poderes constituídos, trata-se de um poder inicial, autônomo, incondicionado, permanente e inalienável, podendo, a depender da concepção adotada, positivista ou jusnaturalista, possuir limitações materiais, sendo elas, conforme Novelino (2018, p. 74 e 75):

Os **limites transcendententes** são aqueles que, advindos de imperativos do direito natural, de valores éticos ou de uma consciência jurídica coletiva, impõem-se à vontade do Estado, demarcando sua esfera de intervenção. Nesse sentido, parte da doutrina sustenta o dever de manutenção, imposto ao Poder Constituinte Originário pelo princípio da proibição de retrocesso, dos direitos fundamentais objeto de consensos sociais profundos ou diretamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Os **limites imanentes** estão relacionados à “configuração do Estado à Luz do Poder Constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica”. Referem-se a aspectos como a soberania ou a forma de Estado.

Os **limites heterônomos** são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos como, por exemplo, as obrigações impostas ao Estado por normas de direito internacional. A globalização e a crescente preocupação com os direitos humanos são fenômenos que têm contribuindo para relativizar a soberania do Poder Constituinte. Sob essa perspectiva, seria vedado às futuras constituições brasileiras consagrar a pena de morte para além dos casos de guerra externa (CF, art. 5º, XLVII, “a”), ante o

disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que, promulgadas pelo Decreto nº 678, dispõe em seu artigo 4º, §3º: “não pode restabelecer a pena de morte nos Estados que hajam abolido”. Tal vedação encontra fundamento na proibição de retrocesso.

O segundo, o poder constituinte decorrente, está estampado no art. 11, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e art. 25, da CF/88, onde a Constituição impõe aos Estados-membros de criarem suas respectivas constituições e leis orgânicas, devendo observar a Constituição da República Federativa do Brasil e guardar simetria com este modelo. O poder decorrente é classificado em duas espécies, o poder decorrente inicial, que é incumbido pela elaboração das constituições estaduais, e o poder decorrente reformador, encarregado por promover as alterações nas constituições estaduais. A sua natureza jurídica é extremamente controvertida na doutrina, este poder é “responsável pela estruturação e organização dos Estados federados possui características diametralmente opostas às do Poder Constituinte Originário” (Novelino, 2018. P. 77), esse, como já mencionado, é um poder político, inicial, autônomo e incondicionado juridicamente, já o decorrente é instituído pela Constituição e limitado por esta.

Por fim, o poder constituinte derivado é o responsável pelas alterações na Constituição Federal observando as regras e as limitações impostas pelo poder constituinte originário. A constituinte previu esta reforma através das emendas de revisão e emendas à constituição, previstas no art. 3º, do ADCT e art. 60, da CF, respectivamente.

Como será analisado mais adiante, o poder constituinte originário, tampouco o poder constituinte derivado trouxe as Resoluções a função normativa utilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral, toda a constituinte traz para essa espécie normativa sua edição *Secundum Legem*, uma edição para regulamentar a aplicação de uma lei.

5 DOS PODERES DA UNIÃO

São três os poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O poder Legislativo, segundo Bulos (2012, p. 1066-1067), exerce a função típica (funções originárias) de criar leis, comandos imperativos, com características universais não podendo estar em desacordo com direitos e garantias fundamentais. Outra função típica desse poder é o da fiscalização como pode ser observado nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) versada no art. 58, §3º, da CF, dentre outras. Além das funções típicas, existem as funções secundárias, denominadas funções atípicas, o poder Legislativo neste ponto de vista pode administrar, a exemplo, quando organiza e operacionalizar sua estrutura interna, e ainda, julgar, quanto aos atos de improbidade administrativa por crime de responsabilidade praticado pelo presidente da República.

“O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.” (CF, art. 44) valendo lembrar que no Senado Federal se encontram os representantes dos Estados e Distrito Federal, denominados Senadores, e, na Câmara dos Deputados, os representantes do povo, denominados deputados. No título IV, capítulo I da nossa lei maior encontra-se a organização do poder em questão, suas atribuições, sua competência exclusiva, bem como a estrutura e função da câmara dos deputados e do senado, a qual será detalhada *a posteriori*.

“O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (CF, art. 76), o referido, nas lições de Mendes (2010, p. 1037 e 1038), é responsável pela função administrativa e exerce a chefia do Estado e a chefia de governo quando há representação do país perante Estados estrangeiros. Este poder pode, também, exercer funções atípicas como legislar através de medidas provisórias e julgar os atos administrativos decorrentes dele. A organização deste é encontrada detalhadamente no Capítulo II, do Título IV da Lei Maior.

Por fim, o Poder Judiciário, é um poder atribuído à União e versado no Capítulo III, do Título IV, art. 92 a 126 do Texto Constitucional, tendo por função, conforme ensinamentos de Silva (2012, p. 553-593), resolver conflitos, solucionar a lide, de acordo com leis, normas e princípios que regem o ordenamento jurídico.

Sua função típica é a jurisdicional, ou seja, julgar, podendo praticar funções atípicas como, por exemplo, elaborar normas regimentais internas ou conceder férias aos seus servidores, função administrativa.

Pode ser observado que os Poderes da União formam uma conjuntura harmônica e independentes entre si, para o presente trabalho é de suma importância o aprofundamento sobre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e seu processo de elaboração de leis, os quais serão esmiuçados nos capítulos seguintes.

6 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário possui como sua função típica a jurisdicional, cujo conceito de jurisdição pode ser observado na obra de Lenza (2018, p 917):

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

execução forçada).

Sendo, a jurisdição, pautada em três características básicas a lide, a inércia e definitividade. Através do Poder Judiciário o Estado substitui as partes em conflito para dizer quem tem o direito.

Em função da separação dos Poderes, este Poder, dispõe de garantias institucionais e funcionais que asseguram sua independência nas decisões proferidas e na sua estruturação, estando expressadas nos art. 92 a 126, da CF. É composto, basicamente, pelo Superior Tribunal Federal (STF), pelos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça - STJ, Tribunal Superior do Trabalho - TST, Tribunal Superior Eleitoral - TSE e Superior Tribunal Militar- STM),

pelas Casas de Justiça regionais (Tribunais Regionais Federais (TRF), Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) e Tribunais de Justiça Estaduais (TJ)), sendo foco dessa pesquisa, apenas as decisões exaradas pelo STF e TSE.

O STF é a corte máxima de justiça, composto por onze ministros que são escolhidos pelo presidente da República e submetidos à sabatina do Senado Federal. A competência do STF pode ser originária (art. 102, I, 'a' a 'r', CRFB), recursal ordinária (art. 102, II, CRFB) e recursal extraordinária (art. 102, III, CRFB), sendo um órgão de cúpula do Poder Judiciário, **guardião da constituição**, e dentre as suas competências está a de julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas jurídicas à luz da Carta Magna.

O surgimento da Justiça Eleitoral, Conforme Lenza (2018, p. 980), afirma que sua criação foi:

Impulsionada pela Revolução de 1930, a Justiça Eleitoral foi instituída pelo Código Eleitoral de 1932, passando a estar prevista, pela primeira vez, na Constituição de 1934. A denominada "Constituição polaca" de 1937 (Estado Novo de Getúlio Vargas) a extinguiu, sendo restabelecida pelo Decreto-Lei n. 7.586/45 e mais tarde expressamente assegurada pela Constituição de 1946, quando, então, se manteve em todas as que se seguiram.

A Justiça Eleitoral é formada pelo TSE, TRE's, Juízes eleitorais e juntas eleitorais, diferentemente das demais a investidura é por tempo certo, com mandato de dois anos sendo admitido uma recondução.

O TSE é composto por sete juízes, denominados ministros, sendo seu presidente e vice-presidente escolhidos entre os Ministros do STF possuindo competência, conforme art. 121, da CRFB, disciplinada pelo Código Eleitoral (CE) em seu art. 22.

Como já explanado, o Poder Judiciário possui a função típica de julgar, exercendo atipicamente a função de administrar e legislar internamente, através de seus regimentos internos. Entretanto, a constituinte ao trazer a função normativa, através de resoluções, para

respeitar a separação dos Poderes, outorga de forma segundo a lei, onde os seus regimentos e resoluções não podem inovar, tampouco criar direitos e obrigações, servindo para regulamentá-los.

7 Poder Legislativo

A Constituição Federal adotou o bicameralismo do tipo federativo composto por duas casas, sendo uma com os representantes do povo, Câmara dos Deputados, e, outra com representantes do Estado, Senado Federal, através deste sistema bicameral a manifestação de vontade do Poder Legislativo resultam da conjugação de propostas de ambas as casas/órgãos.

Para este trabalho, o que interessa é o processo legislativo, a qual passa-se a dispor a seguir.

7.1 Processo Legislativo

O processo legislativo é o conjunto de normas reguladoras para a elaboração de atos normativos primários, sendo eles, as emendas à constituição, leis complementares, leis delegadas, leis ordinárias, medidas provisórias, decreto legislativo e resoluções, como pode ser observado no art. 59, da CF.

Como mencionado, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a arbitrariedade do STF, ao extrapolar seus poderes e ir de encontro com a Constituição, bem como demonstrar a inconstitucionalidade do uso das resoluções do TSE ao inovar e trazerem por elas novas situações de direito, ou seja, o respectivo tribunal usurpa para si a função legislativa, deste modo, faremos uma breve menção de cada ato normativo presente no processo legislativo dando mais enfoque as resoluções.

As emendas são as modificações feitas na Constituição Federal, fundada no poder constituinte derivado, seguindo as regras impostas pelo poder constituinte originário, “caracteriza-se por ser um poder instituído, limitado e condicionado juridicamente” (Novelino, 2018, p. 80), o rol de legitimados para sua iniciativa está disposto no art. 60, CF, possuindo um processo de discussão e votação mais elevado e complexo.

As emendas à constituição possuem um processo legislativo mais solene e complexo com exigências formais e especiais, debates mais amplos, prazos mais dilatados e *quórum* qualificado, podendo conter matérias insuscetíveis de serem alteradas, o que traz para a nossa CF/88 a classificação, pela maioria da doutrina, de constituição rígida, com a ressalva de Alexandre de Moraes que a classifica como super-rígida, em virtude da existência das cláusulas pétreas.

O Poder Constituinte originário traz limitações impostas ao poder reformador que é exercido através das emendas à Constituição, sendo elas: 1) limitações temporais: vedação de emendar durante certo período de tempo após a promulgação da constituição, tal limitação não foi imposta pelo constituinte; 2) limitações circunstanciais: é a limitação em circunstâncias especiais que poderiam ameaçar a livre manifestação do poder reformador, são elas a intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio (art. 60, §1º, CF); 3) limitações formais: são as limitações processuais e procedimentais do poder reformador; e 4) limitações materiais: a limitação de determinados conteúdos, a exemplo as cláusulas pétreas.

A Lei ordinária possui três fases: 1) fase introdutória, que é voltada a iniciativa do projeto (art.61, CF) cabendo a qualquer membro ou comissão da Câmara, do Senado ou Congresso Nacional, ou ao presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal (STF), aos Tribunais Superiores (normas referentes ao Judiciário), ao Procurador-Geral da República (Normas relativas ao MPF), e, aos cidadãos, por meio de iniciativa popular, a iniciativa, ainda, pode ser concorrente, quando a legitimidade é atribuída a mais de uma autoridade, a exemplo dos art. 61, §1º, II, “b” e “d”; art. 128, §5º e art. 165, todos da CF, ou de iniciativa exclusiva, quando o texto maior restringe a apenas um legitimado, a exemplo art. 51, IV, art. 52, XIII, art. 61,§1º, art. 93, art. 96,II, “b”, art. 99, §2º e art. 127, §2º, todos da CRFB; 2) fase constitutiva que se divide em discussão, votação (sendo tomadas por maioria dos votos, desde que presentes a maioria absoluta de seus membros), aprovação e sanção, (art. 47, 63, 65 e 67, CF, respectivamente), e, por último 3) fase complementar compreendendo a promulgação e publicação.

A lei ordinária e a complementar se diferenciam pelo *quórum* de aprovação, sendo o da lei ordinária maioria relativa e a complementar a maioria absoluta, e pelo conteúdo, a lei complementar regulamentará apenas matérias expressamente designada a ela pela constituição.

Já as medidas provisórias são de iniciativa do presidente da República nos casos de relevância e urgência, devendo serem submetidas de imediato ao Congresso Nacional, possuindo prazo de vigência de 60 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, uma única vez, como pode ser observado no art. 62, da CF.

As leis delegadas serão elaboradas, também pelo presidente da República, após a delegação do Congresso Nacional, a resolução que a delega deve especificar seu conteúdo, estabelecer os limites e os termos do seu exercício.

O decreto legislativo serve para veiculação de matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, sendo seu procedimento de elaboração por ele disciplinado.

7.1.1 Resolução

A Constituição Federal prevê a regulamentação através de resoluções de matéria de competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 51, CF), do Senado Federal (art. 52, CRFB) e do Congresso Nacional não incluídas na competência dos decretos legislativos, a obra de José Afonso (1999, p. 524) e Celso Bastos (1985. P. 32), trata da diferença entre resoluções e decreto legislativo:

Decreto Legislativo e resoluções são espécies normativas que propiciam a realização das prerrogativas constitucionais do Poder Legislativo. José Afonso da Silva aponta que o decreto legislativo serve para regulamentar atos externos do Congresso e a resolução, preponderantemente, para atos internos, podendo haver algumas delas para atos externos, como as do senado para matéria financeira e tributária (art.52, incs. V, VI, VII, VIII e IX), a homologação de atos políticos do Presidente da República, como a escolha dos Ministros do Supremo

Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único). A definição mais precisa é a de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, alicerçando no Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no qual a resolução segue um procedimento próprio e o decreto legislativo um procedimento semelhante ao da feitura da lei ordinária, votando nas duas casas, sem precisar, obviamente, da sanção do presidente. O decreto legislativo deve ser votado nas duas casas do Congresso Nacional, e ao final, se aprovado, deve ser promulgado e mandado publicar pelo seu presidente, que é o presidente do Senado Federal. Já as normas de elaboração da resolução se encontram dispostas nos respectivos regimentos internos. (*apud*, Agra, 2018, p. 549 e 550)

Observado todo o texto constitucional, além das hipóteses de incidência constantes nos art. 51 e 52 da CF, prevê a edição das resoluções, segundo as lições de Vicente (2017. P. 606), nas seguintes hipóteses:

a) A delegação legislativa ao Presidente da República para a edição de lei delegada será efetivada por meio de resolução do Congresso Nacional (art. 68, §2º);

b) As alíquotas máximas do imposto de competência dos estados e do distrito federal, sobre transmissão causa mortis e doações, de quaisquer bens ou direitos, serão fixadas por resolução do Senado Federal (art. 155, §1º, IV);

c) A fixação de alíquotas do ICMS aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação será feita por meio de resolução do Senado federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos senadores, aprovada por maioria absoluta de seus membros (art. 155, §2º, IV);

d) É facultado ao Senado Federal, ainda, por meio de resolução, fixar as alíquotas mínimas e máximas do ICMS, nas condições estabelecidas no art. 155, §2º, V;

e) A fixação das alíquotas mínimas do IPVA deve ser feita por meio de

resolução do Senado Federal (art. 155, §6º, I);

f) A suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo STF é efetivada por meio de resolução do Senado Federal (art. 52, X).

Já nas lições de Novelino (2018, p. 699), afirma que:

[...] as resoluções são atos normativos primários, elaborados pela câmara dos deputados, pelo senado federal ou Congresso Nacional, para veicular determinadas matérias de sua competência definidas, em regra, pelos respectivos regimentos internos. A iniciativa cabe a qualquer membro do Congresso Nacional, sendo que a discussão e votação ocorrem na casa que a expedir. A aprovação dar-se-á pela maioria relativa (CF, art. 47). Por se tratar de competência exclusiva, não há sanção. A promulgação é feita pela mesa da Casa Legislativa que a expediu ou, em se tratando de resolução do Congresso Nacional, pela mesa do Senado Federal. A publicação é determinada pela Casa Legislativa que expediu a resolução.

Na constituição Federal não encontra-se a disposição/regulamentação para edição de resoluções ao Tribunal Superior Eleitoral, sendo, segundo Gomes (2018, p. 82) “um dos aspectos que distingue a Justiça Eleitoral de suas congêneres é a função normativa que lhe foi atribuída pelo legislador” através do Código Eleitoral.

8. DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA E A PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

A Constituição Federal menciona a expressão “fidelidade partidária”, somente, em seu art. 17, §1º, onde prevê que caberá ao estatuto do partido estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária, e, mais a frente, no seu art. 55, dispõe as hipóteses em que o deputado e o senador poderão perder o seu mandato, não havendo entre elas a infidelidade partidária.

Deste modo, por muito tempo, o princípio

da infidelidade partidária ficou adstrito ao campo administrativo interno das relações entre filiados e partidos, gerando acalorados debates no cenário político, como afirma Agra (2018, p.381):

O cerne da questão que dominou o debate acerca da fidelidade partidária é a indagação de se o mandato eletivo pertencente à agremiação política ou configura-se como um direito subjetivo do representante, independentemente de se ele foi eleito em razão da contribuição dos votos de legenda ou aproveitamento das sobras partidárias.

Apesar de não haver explicitamente a fidelidade partidária no Texto Maior, infere-se essa ideia dos princípios e normas existentes no ordenamento jurídico a ela relacionados, a exemplo os art. 17, §1º e art. 55 da CF/88, os art. 175, §4º, art. 176 do Código eleitoral.

Para resolver o assunto o TSE editou a Resolução nº 22.526 fixando o entendimento que os partidos políticos e as coligações conservam o direito a vaga obtida pelo sistema proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito para outra legenda, inclusive no sistema majoritário. Entretanto, tal posicionamento não foi acolhido pelo STF ao julgar a ADI nº 5081/DF que não aplicou a perda do mandato por infidelidade/desfiliação ao sistema majoritário por possuir lógica e dinâmica diversa do sistema proporcional.

Em Agra (2018, p.387), vê-se perfeitamente que descreve a sistemática antes da Resolução 22.526, como se verifica no trecho, *in verbis*:

Antes dessa novel decisão do Tribunal Superior Eleitoral não havia nenhum tipo de sanção para o parlamentar que mudasse de partido, excetuando-se no restrito âmbito da comissão internas parlamentares, em razão de que essas têm sua origem na proporção numérica dos membros dos partidos e a eles foram conferidos. Em todas as comissões do Congresso Nacional a participação dos parlamentares é proporcional à expressão numérica dos partidos. Ao contrário da constituição cidadã de 1988, a constituição

anterior, de 1976/69, com a emenda nº1/69, que, em seu art. 152, parágrafo único (que, com a alteração de redação, passou a §5º desse mesmo dispositivo por força da Emenda Constitucional nº11/78), exigia que os partidos reclamassem disciplina de seus membros e estipulava a perda do mandato parlamentar que deixasse o partido pelo qual fora eleito ou descumprisse as diretrizes legitimamente estabelecidas pela direção partidária (a matéria encontrou regulamentação na Lei 5.682/71). Para se decretar a perda do mandato era necessário posicionamento da justiça eleitoral, cujo procedimento deveria obedecer ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Em seguida, deveria ser decretada a perda do mandato pela respectiva Mesa do Congresso Nacional. Essa fidelidade partidária apenas foi suprimida pela Emenda Constitucional nº25, de 15.5.1985.

Ou seja, este poder normativo dado ao TSE existia na constância da constituinte anterior que influenciou o Código Eleitoral de 1965, utilizado atualmente, não sendo incluída na constituinte de 1988.

Não havendo normas que regulamentasse a perda do mandato por infidelidade partidária e justificar a desfiliação partidária, o TSE, mais uma vez, editou a resolução nº 22.610/2007 que descreve todo o procedimento a ser adotado, por exemplo, a legitimidade para pedir a decretação da desfiliação (art.1º), o que seria justa causa para a desfiliação (art. 1, §1º), a penalidade de perda do cargo (art. 1º, caput), a competência para processar e julgar (art.2º).

Ambas as Resoluções nº 22.526, que trouxe a existência da infidelidade partidária, como a Resolução nº 22.610, que regulamentou o processo para perda do mandato por infidelidade, foram editadas no ano de 2007, sendo que apenas oito anos depois, com a Lei nº 13.165/2015, o tema passou a ser positivado.

9 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PODER NORMATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)

A Justiça Eleitoral tem como objetivo a afirmação da soberania popular e dos princípios democráticos e representativos, sendo composta pelo Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, pelos juízes eleitorais e as juntas eleitorais.

O Tribunal Superior Eleitoral é um órgão de cúpula da justiça eleitoral com jurisdição nacional, possuindo, segundo Gomes (2017, p. 79-84), funções:

[...] administrativa, jurisdicional, normativa e consultiva. A função administrativa é a de preparar, organizar e administrar todo o processo eleitoral, exercendo inclusive o poder de polícia, não se aplicando neste ponto o princípio processual da demanda previsto no art. 2, CPC, que nega o agir de ofício, na função jurisdicional a finalidade é fazer atuar o direito pela solução imperativa dos conflitos submetidos ao Estado-Juiz, na função consultiva, função peculiar a justiça eleitoral, podendo responder consultas buscando a regularidade do pleito eleitoral(...).

A função normativa, se destaca na edição de Resoluções pelo TSE está prevista no art. 1º, parágrafo único, art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral, e art. 105, caput, da Lei 9.504/97, *in verbis*:

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; [BRASIL, 1965]

Lei 9.504/97 - Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para

sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. [BRASIL, 1997]

Como pode ser observado, nos artigos supra, as resoluções mencionadas são para a fiel execução da lei, não podendo restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas legalmente. Ocorre que as resoluções do TSE apresentam natureza de ato-regra, criando situações gerais, abstratas e impessoais, modificável pela vontade do próprio órgão, como assim dispõe, Gomes (2017, p.83):

[...] as resoluções expedidas do TSE ostentam força de lei. Note-se, porém, que ter força de lei não é o mesmo que ser lei! O ter força, aí significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída a lei. Mas estão hierarquicamente superiores às resoluções pretorianas. Impera no sistema pátrio o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), pelo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Reconhece-se, todavia, que as resoluções do TSE são importantes para operacionalização do Direito Eleitoral, sobretudo eleições, porquanto consolidam a copiosa e difundida legislação em vigor. Com isso, proporciona-se mais segurança e transparência na atuação dos operadores desse importante ramo do direito.

Bem verdade que as resoluções do TSE têm força normativa e são hierarquicamente inferiores as leis, já que devem ser editadas segundo à lei. Entretanto, na atual crise a qual dispões o trabalho, não são, já que elas elaboram um verdadeiro direito ou dever a ser cumprido, muitas vezes não existente no ordenamento jurídico, passando de uma mera instrução para uma verdadeira legislação.

Eneida Desiree Salgado (2010, p. 285), em sua tese de doutorado, ao tratar do princípio constitucional da legalidade, especificamente em matéria eleitoral, se destaca o seguinte trecho:

O desenvolvimento deste princípio se relaciona diretamente com a competência da Justiça Eleitoral e com sua função na verificação de poderes. As regras do jogo eleitoral, esqueleto do regime democrático, devem necessariamente se originar do Parlamento, e de um Parlamento formado a partir da representação das forças sociais. No Brasil não tem sido assim. A Justiça Eleitoral, com a conivência do Supremo Tribunal Federal ou a partir do seu impulso, inova em matéria eleitoral, a partir de uma autorreconhecida “competência normativa.

O TSE utilizando a sua “competência normativa” editou duas Resoluções nº 22.526 e 22.610 que disciplinou o processo de perda de cargo eletivo nos casos de infidelidade partidária, bem como de justificação de desfiliação partidária que só veio a ter regulamentação por meio de lei oito anos depois (Lei 13.165/2015), incluindo o art. 22-A a Lei 9.096/95, regulamentando por inteiro a matéria das resoluções que permaneceram em vigor apenas os pontos que não possui incompatibilidade. Em outras palavras, de outubro de 2007 até setembro de 2015, uma resolução do TSE legislou uma matéria eleitoral, que restringe direitos, que carecia de regulamentação pelo Poder Legislativo.

Diante de tal ato, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI Nº 3.999 e 4086), com o objetivo de discutir à afronta das referidas em face da Constituição não conferir tal poder ao TSE, o STF entendeu que as respectivas resoluções são constitucionais, tendo em vista sua temporariedade, como pode ser analisado na ementa da ADI 3.999², a seguir transcrita:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO

2 STF: ADI 3.999 - DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe17/04/2009. STF, disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584922>, acessado em 08/01/2019.

DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA.

1. Ação direta 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 arguidas. 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 consequências 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.

Repita-se, as Resoluções são editadas para regulamentar a lei, secundum legem, como pode se vê nas lições de Almeida Neto (2014, p. 219 a 220):

O poder regulamentar e normativo da Justiça Eleitoral deve ser desenvolvido dentro de certos limites formais e materiais. Os regulamentos eleitorais só podem ser expedidos segundo a lei (*secundum legem*) ou para suprimir alguma lacuna normativa (*praeter legem*). Fora dessas balizas, quando a Justiça Eleitoral inova em matéria legislativa ou contraria dispositivo legal (*contra legem*), por meio de resolução, ela desborda da competência regulamentar, estando, por conseguinte, sujeita ao controle de legalidade ou constitucionalidade do ato.

Claramente a Suprema Corte utilizou-se de uma “posição ativista, ultrapassando os limites do Poder Judiciário, sem alicerce legal, invadindo as esferas dos poderes Legislativos e Executivos” (Agra, 2018, p. 656), em cumplicidade com o TSE, ferindo sua função última de guardião da Constituição, ao julgar que uma Resolução da Corte Superior Eleitoral, mesmo que de forma temporária, possa legislar/disciplinar matéria de direito eleitoral, restritiva de direito, em virtude da morosidade do Poder Legislativo.

No Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.999), ao prestar esclarecimentos, o Tribunal Superior Eleitoral, justificou que a jurisprudência do Superior Tribunal Federal não admite mais a infidelidade partidária, por tal razão as respectivas Resoluções não trariam inovação normativa, não ferindo, assim, a separação dos poderes, e, ainda, que era garantido o contraditório e a ampla defesa nas hipóteses por elas descritas, sendo as respectivas Resoluções meras regulamentações dos julgamentos obtidos no MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604, todos julgados pelo STF, destacando-se, neste ponto, que as Resoluções são editadas para regulamentar leis, e não julgados. Acerca da justificação vale observar a seguinte ementa do MS 26.602, que assim dispõe³:

EMENTA: 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 SUPLENTE. 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. (Grifo nosso)

³ STF: MS 26.602 - DF. Relator: Min. Eros Grau. Dje 17/10/2008. STF, disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513855>, acessado em: 09/01/2019

O STF concluiu que o ato de infidelidade partidária, seja ao partido político ou ao cidadão, representa uma mácula ao princípio

democrático e ao exercício legítimo de poder, vindo a caracterizar um desequilíbrio as forças do parlamento, fraude a vontade popular e transgressão ao sistema eleitoral, devendo o candidato permanecer no partido pelo qual foi eleito, exceto, se comprovadamente, num processo de justificação, existir mudança significativa de orientação programática do partido ou caracterizada a perseguição política dentro do partido.

A Suprema Corte ao adotar o instituto da fidelidade partidária não trouxe qualquer regulamentação ou hipótese de incidência, já que esta não é a sua função, tampouco havia previsão legal.

A ADI nº 3.999 foi presidida pelo Min. Gilmar Mendes, tendo dois votos vencidos, a qual o respectivo trabalho se filia, o primeiro do Min. Marco Aurélio que resumidamente dispões no seu voto⁴:

Presidente, apenas para consignar o convencimento sobre a matéria. Ele parte justamente da interligação de admitir-se que se está diante de um ato normativo abstrato autônomo e, posteriormente, chegar-se à improcedência do pedido formulado. **Pelo que me consta, até aqui não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral legislar sobre processo ou sobre direito substancial eleitoral. Por isso entendo que o ato não desafia o controle concentrado de constitucionalidade. Não é um ato normativo abstrato autônomo.(grifo nosso).**

Ou seja, as resoluções não desafiam o controle abstrato justamente por não possuírem poder normativo, já o segundo voto⁵ o do Min. Eros Grau, destaca-se os seguintes trechos:

(...) Para mim essa resolução é multiplamente inconstitucional: o artigo 1º

4 STF: ADI 3.999 – DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe17/04/2009. STF, disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>, acessado em 05/01/2019.

5 STF: ADI 3.999 – DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe17/04/2009. STF, disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>, acessado em 05/01/2019.

afronta os artigos 22, I e XLVIII, da constituição; o artigo 2º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em direito processual e o §2º do artigo 1º inova nas atribuições do Ministério Público. De modo que me perdoem, mas acho que isso é um absurdo de inconstitucionalidade. (...) Providências referidas no inciso XVIII e instruções mencionadas no inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral e da legislação eleitoral. Vale dizer: as instruções e providências normativas de que se trata são análogas aos decretos e regulamentos baixados pelo Presidente da República para a fiel execução das leis, os chamados regulamentos de execução (art. 84, IV da constituição). Tal como as instruções que podem baixar os Ministros de Estado para a execução de leis, decretos e regulamentos (art. 87, II da constituição), não pode inovar o ordenamento jurídico. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. **E aqui --- seja nos incisos XVII e IX do Código eleitoral, seja no inciso IV do artigo 84 e no inciso II do artigo 87 da constituição --- não há autorização, ao TSE, ao Presidente da República e aos Ministros de Estado, senão para disporem sobre a execução das leis, secundum legem jamais para disporem contra ou praeter legem.** Para ser breve, incisivamente breve, indago se o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na e pela resolução n. 22.610/07. Ora, como já se disse em voto proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o “estado legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria constituição, sem outra base de validade que não seja a constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do ordenamento jurídico [sic], sabido que a constituição não é diploma

normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse ordenamento [sic]. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão somente secundária, ele é assim chamado pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o ordenamento [sic] com imediatidade'. Daí a indagação, essencial em deslinde da questão que ora cogitamos: o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na sua resolução n. 22.610/07? **Não, evidente. O código eleitoral autoriza o Tribunal Superior Eleitoral apenas, unicamente, exclusivamente a dispor sobre a sua execução [dele, código eleitoral] e da legislação eleitoral, sem força suficiente para inovar o ordenamento.** (...). (grifo nosso).

Ou seja, não cabe ao Tribunal Superior Eleitoral legislar sobre direito eleitoral processual ou material quando inexistir diploma legal que normatize os temas para a competência de uma Resolução, nos ensinamentos de Eneida Desiree Salgado (2010, p. 285) as funções da Justiça Eleitoral se resumem a:

A Justiça Eleitoral reúne um feixe de atribuições, com competência administrativa e jurisdicional. Sob a primeira, organiza as eleições, divide as zonas eleitorais, alista eleitores, registra os partidos e fiscaliza suas finanças, processa e apura os votos, proclama o resultado dos pleitos, expede diplomas e instruções. Em sua competência jurisdicional estão incluídos o processamento e o julgamento dos feitos eleitorais, relacionados ao registro de candidatos, à propaganda eleitoral e ao direito de resposta, à prestação de contas de campanhas, às investigações eleitorais, à impugnação de mandato eletivo e à impugnação à diplomação. Sob a denominação de competência normativa resta a elaboração

dos regimentos internos dos tribunais.

Não existe um poder legislativo na Justiça Eleitoral, ao lado de suas competências jurisdicional e administrativa. A constituição não reconhece. Não acolhe sequer seu poder regulamentar, o que invalida até mesmo essa competência. A competência para a expedição de normas gerais e abstratas, ainda que secundárias, deve ter sede constitucional.

A sua função normativa se restringe à elaboração de seu regimento interno e editar resoluções de forma análoga aos decretos e regulamentos baixados pelo presidente da República, qual seja, para a fiel execução da lei, não há em qualquer passagem do texto constitucional a atribuição deste poder, nem mesmo em função ao princípio da representação popular, havendo a conivência do STF nesta estampada inconstitucionalidade.

O ministro relator da ADI Nº 3.999 foi Joaquim Barbosa, a qual é de suma importância destacar alguns trechos do seu voto⁶ que justificou a constitucionalidade das Resoluções supracitadas no texto, veja-se:

A constituição de 1988 reserva à lei a aptidão para dispor sobre matéria eleitoral (art. 22, I, 48 e 84, IV da constituição). A questão não é meramente formal. Em virtude do princípio da representação popular, que é um dos pilares da nossa organização política, compete às casas do legislativo processar adequadamente as tensões advindas do processo político e cria normas destinadas a estabilizar a expectativas dos cidadãos também em matéria eleitoral. **O sistema político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o judicial, está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam. Falo especificamente da atividade de produzir normas. Afinal, já dizia Montesquieu em passagem memorável, deve-se a**

6 STF: ADI 3.999 - DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe17/04/2009. STF, disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>, acessado em 05/01/2019.

todo custo evitar que um dos poderes faça uso das prerrogativas funcionais de outro poder, pois todas as vezes que isso acontece é a tirania. James Madison, por seu turno, na sua aguda compreensão dos mecanismos de controle entre poderes, traduziu em frase lapidar toda a essência da demarcação que deve haver entre as esferas de atuação de cada órgão representativo das funções essenciais do Estado. Dizia Madison: “ambition must be made to counteract ambition”. (...) **Com a atenção sempre voltada a esses princípios básicos de organização político-estatal, penso que as hipóteses que levam à perda do cargo eletivo e o procedimento respectivo são temas que devem ser tratados pelos órgãos de representação popular.** Com base em disposição expressa e inequívoca da constituição. A infidelidade partidária implica instabilidade do sistema democrático em duas ordens diversas. Em primeiro lugar, como decidiu a corte, o acesso do candidato ao cargo eletivo pressupõe a força do partido político, nas eleições proporcionais. Em contraponto, contudo, não me parece possível ignorar a relação estabelecida diretamente entre o eleito e o eleitorado. (grifo nosso)

O Ilmo. Min. entende que em razão dos procedimentos democráticos que caracterizam o sistema eleitoral, ele, o sistema eleitoral, e tão somente ele, está habilitado a produzir normas, “com base em disposição expressa e inequívoca da constituição”. Pois bem, primeiramente não se consegue identificar que disposição expressa e inequívoca é esta, a qual o Ilmo. Min. menciona, segundo, se esta atribuição de fazer normas é tão somente do TSE, teria que estar de forma clara e expressa na constituição de 1988 de modo a não deixar dúvidas. Pois, adotando esse raciocínio, por exemplo, poder-se-ia entender que o Ministério do Trabalho e Emprego seja o órgão mais qualificado para editar normas trabalhistas, tendo em vista sua capacidade mais célere e seu contato direto com os trabalhadores e empresários e as dificuldades enfrentadas por ambos.

É certo que a regulamentação da infidelidade partidária é de suma importância, contudo, justificar a inconstitucionalidade, num déficit do poder responsável por legislar para atribuir esta função a outro, seria tirania, como o próprio Ministro menciona no seu julgado, à luz de Montesquieu. Vale ainda transcrever mais um trecho de seu voto⁷ que diz o que segue:

(...) A questão que se coloca é como devem ser processadas essas tensões diante do temporário silêncio legislativo. Temporário, pois como se sabe, o Congresso Nacional já conta com projetos de lei sobre infidelidade partidária (...). É nesse quadro excepcional, de carência de meio para garantia de um direito constitucional, marcado pela transitoriedade, que interpreto a adequação da resolução impugnada ao art. 21, IX, do Código eleitoral, este interpretado conforme a constituição. O **poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral se submete, por óbvio à constituição.** Por seu turno o texto constitucional comete o legislativo o poder-dever de exercer a representação política que lhe foi outorgada e dispor sobre matéria eleitoral, nela consideradas o alcance e o processo que leva à caracterização da infidelidade partidária. E, neste ponto, ressalvadas as salvaguardas constitucionais, o Legislativo é soberano. A demarcação do âmbito de atividade do Legislativo, contudo, deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria constituição. **A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a infidelidade partidária como requisito para a permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo.** (...) (grifo nosso).

7 STF: ADI 3.999 - DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJe17/04/2009. STF, disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>, acessado em 05/01/2019.

Lendo todo o voto do Ilmo. Min. Joaquim Barbosa, se percebe que a justificação da constitucionalidade é pela morosidade do legislativo, buscando qualquer tipo de interpretação, justificativa para fundamentar sua tese. Trouxe, também, em seu voto que é possível essa normatização do TSE já que existia na época do julgamento, projetos de lei em tramite no Congresso Nacional, mas e se o projeto de lei ficar parado por 8 anos, como foi o caso da Lei 13.165/2015? Ou não sair do papel? Vai ter uma resolução que dispõe inovações jurídicas até o legislativo decidir editar uma lei? E quanto a excepcionalidade, como saber se vale o judiciário interferir ou não? Para todas as questões, as respostas são simples, não há amparo constitucional e ferem o princípio da separação dos poderes, não só isso, entregar tal poder normativo ao TSE é uma eminente afronta a legalidade.

A Constituição Federal no seu art. 22 traz a competência legislativa privativa da União para elaboração de Leis, estando dentro desta competência a matéria eleitoral e processual como pode ser visto no inciso I do referido artigo, em virtude da complexidade e importância de tais matérias a Constituição Federal reservou um quórum específico para sua votação, maioria absoluta (41 senadores e 257 deputados) ou maioria simples (a maioria dos votos desde que presentes a maioria absoluta dos senadores ou deputados), em outras palavras, na hipótese mais amena, será preciso que 41 senadores e 257 deputados, discutam e argumentem sobre a matéria eleitoral ou processual eleitoral posta em votação para que no mínimo 21 senadores e 129 deputados concordem com o disposto para a lei ser encaminhada para sanção ou veto do presidente da República, por outro lado, a sistemática adotada em plenário do TSE, basta que apenas 7 membros discutam e aprove as resoluções que dispõe sobre matéria eleitoral. Ou seja, a Constituição define que a matéria merece um processo legislativo mais dedicado, longo e complexo e TSE edita resoluções de forma mais acelerada, com menos debate e simples.

Também, se observa a vedação a edição de medida provisória e leis delegadas sobre matéria sobre direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral, conforme seus artigos 62, §1º, II e 68, §1º, II, ambos da constituição, clareza mais que solar que o

direito eleitoral ou processual eleitoral não poderá ser inovado por qualquer procedimento normativo, quem dirá por meio de Resolução.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, apesar de proteger como cláusula pétrea a separação dos poderes, se observa que no Brasil está havendo a mácula desta independência de poderes e harmonia, quando o Poder Judiciário, através do TSE, usurpa a função do Poder Legislativo, por meio de resoluções, e, o órgão responsável por garantir o pleno exercício da Constituição, guardião da vontade do constituinte, O STF, endossa o transbordo dos limites do poder normativo.

A Carta Magna foi uma grande conquista, trazendo ao cidadão direitos e garantias para uma vida harmônica e justa em sociedade, diante de todo cenário antidemocrático, anteriormente, vivido, trazendo, entre outros, o princípio da legalidade, assegurando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e, para o Estado, a Constituição atrai a limitação de que só poderá fazer aquilo que é autorizado por lei, e, o princípio da segurança jurídica que busca estabilidade entre as relações jurídicas tanto entre particulares, como entre particulares e Estado, sendo estes a base para um Estado Democrático de Direito.

O constituinte originário trouxe uma série de regras para realizar alterações e imposições aos membros federativos, dividindo sua estrutura em poder constituinte originário, derivado e decorrente, de forma a não enrijecer absurdamente o direito, bem como não facilitar excessivamente. Observa que a constituinte, entre outras, trouxe detalhadamente a estruturação e funções dos poderes da união, descrevendo suas funções típicas, garantindo sua especialidade e impostas *erga omnes*, e funções atípicas a serem praticadas internamente, garantindo sua autonomia e independência.

Nota-se, nitidamente a divisão de funções entre o Poder Judiciário e o Legislativo, onde aquele busca a resolução de conflitos de forma imparcial que surgem da vida em sociedade, enquanto este, em suma, é responsável por

editar as regras a serem utilizadas e observadas na vida em sociedade, regras estas utilizadas para resolver os conflitos apresentados ao Poder Judiciário.

Nesta sistemática, o guardião da constituição vem distorcendo a vontade da constituinte, usurpando a função normativa do Poder Legislativo e criando uma competência através da delegação para o Poder Judiciário, em especial ao TSE, que vem disciplinando, através de resoluções, direitos, deveres, processos e sanções em matéria eleitoral no cunho da fidelidade partidária, como visto no estudo da sua jurisprudência, o que é visivelmente inconstitucional.

Enfim, não restam dúvidas da importância de uma reforma eleitoral, tendo em vista que o Código Eleitoral de 1964, era de uma época onde a realidade política era outra, completamente diversa da atual. A infidelidade partidária, como bem relata o STF, representa uma mácula ao princípio democrático e ao exercício legítimo de poder, caracterizando um desequilíbrio as forças do parlamento, transgressão ao sistema eleitoral, devendo o candidato permanecer no partido pelo qual foi eleito, além de uma fraude a população que vai as urnas votar em virtude das ideologias que aquele candidato representa naquele partido. Mas, desta necessidade de regulamentar uma prática que vinha se tornando comum e que trazia imensos prejuízos a população, da inércia e morosidade do Poder Legislativo, não se pode traduzir como subterfúgio para a prática de atos inconstitucionais, como a usurpação da função e delegar a outrem incompetente, ferir todas as conquistas de direitos e garantias, uma divisão funcional que garante a democracia, nada mais é que praticar a tirania que nossa Lei Maior busca intensamente evitar. Ademais, tal prática fere o direito do candidato a mínima estabilidade jurídica, de participar de uma eleição a qual se saiba as regras, como deve agir, não sendo surpreendido pela volatilidade de um órgão jurisdicional, com mudanças normativas arbitrárias através de resoluções no decorrer da sua campanha.

Certamente, a dinâmica do regulamento jurídico não é perfeita, existem muitas falhas, existe desinteresse de nossos governantes, existe uma inércia funcional absurda, uma lacuna ética e moral gigante dentro dos

poderes, entre outros problemas, mas existem outras formas para a busca da solução para gerir o sistema ao ponto de atingir os objetivos da nossa constituinte, como no caso estudado, criar políticas, investir em educação para que o povo, que é o titular do poder, cobre de seus representantes eleitos direta ou indiretamente o exercício funcional, a gestão da máquina pública, o cumprimento de seus deveres, e não contribuir para o corrompimento do sistema, como vem fazendo, desafortunadamente, o STF.

É importante frisar que num Estado Democrático de Direito, não se pode aplicar o pensamento maquiavélico para amparar as violações constitucionais, ou seja, não se pode haver flexibilização da moral e da legalidade para se atingir um objetivo.

Diante de todo o exposto, o atual modelo de desenvoltura utilizado pelo STF e TSE vem trazendo enormes prejuízos a democracia, e insegurança jurídica à população que sofreu e pode sofrer prejuízos incalculáveis com essa oscilação de função entre poderes que não buscam a vontade e proteção da coletividade, e sim a realização de vontades políticas e perpetuação no poder, que circundam os nossos representantes, devendo haver uma nova reflexão do nosso Ordenamento Jurídico sobre o tema para determinar a vedação de tais práticas normativas e o respeito incondicional à Constituição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. 220 p.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018. 895 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed., rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. 1685 p.

BRASIL. Código Eleitoral. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 01 mar. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. **Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 13.165, de 16 de setembro de 2015**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999**. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF. 1 abr. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584922>. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602/DF**. Constitucional. Eleitoral. Mandado de Segurança. Fidelidade partidária. Desfiliação. Perda de mandato. Arts. 14, § 3º, v e 55, i a vi da Constituição. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, DF, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2513855>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22526/DF**. Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 27 de março de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22610/DF**. O Tribunal Superior Eleitoral, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes. Relator: Min. Cezar Peluso, Cezar, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>. Acesso em: 08 jan. 2019.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Atlas, 2017. xxx, 914 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 2018. 1627 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, : IDP, 2010. 1616 p.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. Salvador : JusPODIVM, 2018. 959 p. ;

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado** 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo : Método, 2017. xlviii, 1006 p.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Prefácio Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte : Fórum, 2010. 277 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010) . São Paulo : Malheiros, 2011. 928 p.