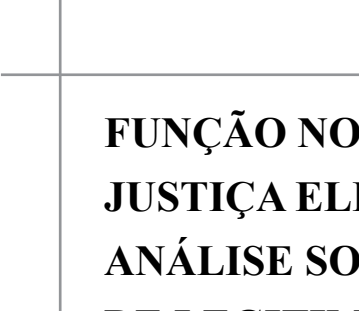




Tribunal Regional Eleitoral
do Rio Grande do Sul

Revista do
TRE-RS

Julho/Dezembro de 2019



**FUNÇÃO NORMATIVA DA
JUSTIÇA ELEITORAL: UMA
ANÁLISE SOBRE AS FORMAS
DE LEGITIMAÇÃO DA
REGULAMENTAÇÃO DAS
ELEIÇÕES PELO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL**

*THE NORMATIVE FUNCTION OF ELECTORAL
JUSTICE: an analysis about the legitimation
forms of election regulation by the brazilian
Superior Electoral Court*

William Soto

RESUMO: Este artigo descreve a função normativa da Justiça Eleitoral e defende a existência de algumas formas de legitimação dessa atribuição exercida pela Corte Superior Eleitoral brasileira, com o objetivo de apresentar uma melhor sistematização da matéria, bem como de contribuir para a discussão acerca de sua constitucionalidade. Em primeiro lugar, estuda-se o sistema constitucional de controle jurisdicional das eleições e as peculiaridades da Justiça Eleitoral brasileira, especialmente a sua função normativa. Verificou-se que a Justiça Eleitoral detém a prerrogativa de expedir atos normativos para regulamentar a lei eleitoral ou para inovar em matéria omitida ou insuficientemente tratada pelo legislador, desde que não o faça contrariando as disposições legais já existentes. Concluiu-se que a função normativa da Justiça Eleitoral possui algumas formas de legitimação que são preexistentes à atual Constituição Federal, como a legislativa, a doutrinária, a jurisprudencial e a social. Além dessas formas de legitimação, constatou-se que a função normativa da Justiça Eleitoral possui legitimidade constitucional implícita, a partir de quatro pontos de vista diferentes: em virtude da adoção do sistema constitucional de controle jurisdicional das eleições, conjugada com a teoria dos poderes implícitos; em razão das disposições constitucionais transitórias; em decorrência dos checks and balances na separação dos Poderes; e, por fim, em razão da postura da Suprema Corte diante da atribuição normativa da Corte Superior Eleitoral brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Eleitoral. Função normativa. Resoluções eleitorais. Legitimação constitucional. Teoria dos poderes implícitos.

ABSTRACT: *This article describes the normative function of brazilian Electoral Justice and defends the existence of some legitimation forms of this assignment carried out by the brazilian Superior Electoral Court, in order to present a better systematization of the field, and to contribute to the*

discussion about its constitutionality. First, it is analyzed the constitutional system of jurisdictional control of elections, and the peculiarities of the Brazilian Electoral Justice, especially its normative function. It was identified that the Brazilian Superior Electoral Court has the prerogative to issue normative acts to regulate the electoral law, or to innovate on the legislature omitted or insufficiently addressed by the legislature, since they do not contrary to the existing legal provisions. It was concluded that the normative function of Brazilian Electoral Justice has some forms of legitimacy that are existing prior to the current Federal Constitution, as legislative, doctrinal, jurisprudential and social. In addition to these forms of legitimacy, it was found that the normative function of the Brazilian Electoral Justice has implicit constitutional legitimacy, from four different points of view. First, due to the adoption of the constitutional system of elections jurisdictional control, with the theory of implied powers; second, because the transitional constitutional provisions; third, as a result of checks and balances in the separation of powers; and finally, because of the Supreme Court's position on the normative incumbency of the Brazilian Superior Electoral Court.

KEYWORDS: *Electoral Justice. Normative function. Electoral resolutions. Constitutional legitimation. Theory of the implied powers.*

1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, o órgão responsável pela administração, regulamentação e controle das eleições é a Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário da União, que detém previsão expressa na Constituição Federal (artigos 118 a 121). Em

razão dessa previsão constitucional expressa, diz-se que no Brasil se adotou o *modelo jurisdicional* de controle das eleições.

Embora a Constituição Federal não descreva as atribuições da Justiça Eleitoral, ela delega o dever de estabelecer e pormenorizar a estrutura e as funções da Justiça Eleitoral à lei complementar (art. 121, *caput*). Tal lei complementar jamais adveio, fazendo-se concluir, portanto, que o Código Eleitoral, embora lei ordinária, foi recepcionado como se lei complementar fosse, no que se refere às disposições acerca da organização e da competência da Justiça Eleitoral. Aliás, tanto o Tribunal Superior Eleitoral - TSE (CTA 13.005, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10/09/1992) quanto o Supremo Tribunal Federal - STF (MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 04/10/2007) já se manifestaram nesse sentido.

Dentre as funções¹ previstas no Código Eleitoral está a atribuição normativa da Justiça Eleitoral (artigo 1º, parágrafo único, e artigo 23, inciso IX). Corroborando tais disposições, a Lei 9.504/1997, em seu artigo 105, *caput*, inclusive estabelece um marco temporal para a edição de normas regulamentadoras pelo TSE. Além desses dois diplomas legais, várias outras leis, tanto anteriores à atual Constituição Federal quanto posteriores a ela, trouxeram disposições acerca da função normativa da Justiça Eleitoral.

Levando-se em conta o fato de a função normativa da Justiça Eleitoral não estar expressamente prevista no corpo da Constituição Federal, mas, sim, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT e em dispositivos infraconstitucionais, uma indagação pode ser formulada: essa atividade normativa da Justiça especializada detém legitimação constitucional? Por outro lado, considerando-se a existência de dispositivos legais conferindo atribuição normativa à Justiça especializada, outra questão pode ser

¹ Alguns dos autores eleitoristas preferem utilizar as expressões *atividades*, *competências*, *atribuições*, ou *poderes*, para fazerem menção às *funções* da Justiça Eleitoral. Neste artigo, as expressões serão utilizadas indistintamente.

levantada: essa atividade regulamentar encontra outras formas de legitimação, que não necessariamente constitucional?

O presente artigo visa contribuir para a resolução de tais questionamentos.

Cumprе ressaltar que o tema, atualmente, não apresenta elevada preocupação doutrinária em termos de sistematização e fundamentação teórica. Quando da elaboração de manuais ou cursos de Direito Eleitoral, os autores, salvo algumas exceções, limitam-se a apresentar a função normativa da Justiça Eleitoral em poucas linhas, não abordando a relevância teórica e prática que a matéria apresenta. Aliás, é escassa a bibliografia específica sobre o tema.

De outro lado, quando os autores discutem a atividade normativa do TSE, basicamente duas posições são verificáveis: ou aceita-se a hipótese do poder regulamentar, apontando sua relevância, inclusive elencando as resoluções do TSE como fontes de Direito Eleitoral; ou nega-se veementemente a possibilidade de a Corte Superior Eleitoral regulamentar as eleições, refutando-se, inclusive, sua constitucionalidade.

De fato, eleições representam o exercício máximo da democracia, e, assim, as normas que as regem devem ser *claras, estritamente observadas, e perfeitamente legítimas*, a fim de que não se prejudique a expressão popular na escolha de seus representantes.

Não raro, a legislação apresenta-se ampla (e por isso inexecutável) ou omissa (ou insuficiente), para regular todos os aspectos da dinâmica do processo eleitoral. Nesse contexto, exsurge a necessidade da Justiça especializada, a fim de conferir exequibilidade à Constituição Federal e às leis eleitorais, expedir resoluções, minudenciando as disposições legais, ou mesmo inovando normativamente no caso de omissões ou insuficiências legislativas. Essa é a tradição brasileira desde o primeiro Código Eleitoral, de 1932.

Diante desta tradição octogenária, imperiosa a análise acerca da legitimação da função normativa da Justiça Eleitoral, uma vez que, se eventualmente inconstitucional tal atuação, todos os pleitos regulamentados pelo órgão eleitoral, desde sua criação, em 1932, embora *observassem a clareza das normas e seu estrito cumprimento*, estariam *maculados pela falta de legitimidade*, o que infirmaria a manifestação popular na escolha de seus representantes desde então.

Por essa razão, o presente artigo busca apresentar as formas de legitimação da função normativa da Justiça Eleitoral, especialmente a constitucional, buscando-se uma sistematização teórica embasada na doutrina eleitoralista que versa sobre essa atividade normativa da Justiça especializada.

2. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE CONTROLE JURISDICIONAL DAS ELEIÇÕES

2.1 SUCINTAS OBSERVAÇÕES ACERCA DOS INTERNATIONAL ELECTORAL STANDARDS E DOS ELECTORAL MANAGEMENT BODIES

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, por força do seu artigo 21, especificamente por sua seção 3², “foram desenvolvidas, sedimentadas e codificadas algumas práticas em vários documentos internacionais³” com o objetivo de “concretizar o

2 Artigo 21. 1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. *A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto* (sem grifos no original).

3 Como exemplo, PELELLA (2012, p. 134) aponta o *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (IDEA - Disponível em: <<http://www.idea.int/>>. Acesso em: 09/06/2019) e o *Organization for Security and Co-operation in Europe/Office for Democratic Institutions and Human Rights* (OSCE/ODIHR

direito de todos a eleições livres e corretas (*free and fair elections*)” (PELELLA, 2012, p. 133-134). Essas regras, denominadas *international electoral standards* (padrões normativos eleitorais internacionalmente sugeridos), destinar-se-iam às democracias emergentes, sendo, contudo, possível que os países *avançados* na seara eleitoral pudessem “apreender dessas fontes suas regras organizativas básicas” (PELELLA, 2012, p. 133-134).

Segundo PELELLA, um dos pontos essenciais de todo e qualquer *international electoral standard* diz respeito à necessidade do estabelecimento de padrões de confiabilidade, imparcialidade política, correção e eficácia administrativa da autoridade da administração e condução do processo eleitoral e dos procedimentos correlatos de fiscalização, votação, apuração e proclamação dos resultados. Conforme o autor, essas estruturas, as quais estariam incumbidas das tarefas que “englobam toda a condução do processo eleitoral - e em última análise atuam como *garantes* do devido processo legal eleitoral -, são conhecidas como *electoral management bodies*” (PELELLA, 2012, p. 134).

Os modelos de *electoral management bodies* variam muito de Estado para Estado, sem que se possa, com precisão, individualizar padrões culturais ou legais dominantes. Essa alta variação se dá, especialmente, quanto aos limites de atuação de cada uma das estruturas e seu papel na seara regulamentar e de controle de legalidade e legitimidade das eleições. Suas funções são as de administração, regulamentação e controle das eleições, que podem ser exercidas por um único órgão⁴ ou por estruturas orgânicas diversas⁵. Quanto mais órgãos componham os *electoral management bodies*, menor será a acumulação de funções nos respectivos órgãos,

- Disponível em: <<http://www.osce.org/odihr>>. Acesso em: 09/06/2019).

4 Como ocorre no Brasil, em que o *electoral management body* é a Justiça Eleitoral.

5 Como ocorre no México, em que os *electoral management bodies* são o *Instituto Federal Electoral*, que exerce funções administrativas, e o *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, que exerce a função de controle.

ao passo em que quanto menor for o número de órgãos constantes dos *electoral management bodies*, maior será a acumulação e a superposição de funções (PELELLA, 2012, p. 135-136).

Em síntese, portanto, os *international electoral standards*, além de outras diretrizes eleitorais, apontam a necessidade de existência em cada Estado soberano de *electoral management bodies*, isto é, órgãos eleitorais para administração, regulamentação e controle dos pleitos.

2.2 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DE CONTROLE DAS ELEIÇÕES

Não resta dúvida de que o modelo adotado pelo Brasil desde o primeiro Código Eleitoral, de 1932, até os dias atuais, é o sistema de controle jurisdicional⁶, através de uma jurisdição especializada eleitoral, sem embargo do exercício da jurisdição constitucional pelo STF, confiando-se a verificação da regularidade das eleições e o contencioso eleitoral a um ramo específico do Poder Judiciário da União, a Justiça Eleitoral, que detém assento na Constituição Federal, em seus artigos 118 a 121 (OLIVEIRA, 2010, p. 45).

A classificação dos sistemas de controle de cada país leva em conta o órgão que exerce a função de *controle* das eleições, sendo irrelevante para fins de classificação do sistema qual o órgão que exerce a *administração* ou a *regulamentação* eleitoral. Segundo PELELLA, a Justiça Eleitoral é o *electoral management body* brasileiro (2012, p. 138), quer dizer, é a Justiça especializada que exerce funções de administração, regulamentação e controle

⁶ Na doutrina é possível identificar, conforme o autor com o qual se embasa, *três* ou *quatro* diferentes sistemas de controle das eleições. GOMES, por exemplo, acompanhada por grande parte da doutrina nacional, identifica apenas *três* sistemas de controle das eleições: o sistema da verificação dos poderes; o sistema eclético; e o sistema jurisdicional (1998, p. 23). OLIVEIRA, por sua vez, apresenta *quatro* sistemas de controle das eleições: o sistema político (ou de verificação dos poderes); o sistema misto; o sistema administrativo; e o sistema jurisdicional (2010, p. 29). Contudo, os doutrinadores concordam que a classificação do sistema de controle diz respeito à natureza do órgão incumbido de verificar a regularidade dos atos e procedimentos eleitorais (GOMES, 1998, p. 23; OLIVEIRA, 2010, p. 29).

das eleições⁷. A Justiça Eleitoral brasileira é a estrutura incumbida de exercer as funções apontadas como essenciais para a caracterização da autoridade eleitoral; contudo, essa constatação não parte de uma determinação constitucional expressa nesse sentido.

Nossa Constituição Federal, apesar de analítica, foi sucinta na definição de algumas estruturas básicas do Estado, sugerindo ou subentendendo (em vez de diretamente regulamentar) determinados pontos. Na parte do texto constitucional reservado à Justiça Eleitoral (artigos 118 a 121), estabelecem-se a sua estrutura, o modo de investidura e as garantias de seus membros, além de algumas competências jurisdicionais reservadas ao TSE, reservando-se as demais à lei complementar prevista no artigo 121, *caput*. Não há, contudo, qualquer menção no corpo da Constituição Federal, mesmo que de maneira indireta, ao desempenho de *outras funções* não jurisdicionais, de forma a permitir a qualificação da Justiça Eleitoral como o *electoral management body* brasileiro⁸.

Entretanto, em uma busca mais aprofundada no texto constitucional, verifica-se que as atribuições não jurisdicionais da Justiça Eleitoral são *pressupostas* pela Constituição Federal, com base na herança do direito pré-constitucional. Ainda, é no ADCT que se localizam as regras que atribuem à Justiça Eleitoral, de maneira indireta, as atividades não jurisdicionais que conhecemos⁹.

Em síntese, inexistente dispositivo no corpo da Constituição Federal que atribua à Justiça Eleitoral as funções de administração, regulamentação e controle das eleições, mas, ainda assim, não se discute que tais atribuições típicas de *electoral management body* pertençam à tal Justiça especializada.

7 Porém, repise-se: diz-se que no Brasil se adota o sistema jurisdicional de controle das eleições, não porque a Justiça Eleitoral brasileira *administra* ou *regulamenta* as eleições, mas sim por ser ela, também, o órgão responsável por *controlar* o pleito (tanto em termos de verificação da regularidade das eleições como em função do contencioso eleitoral).

8 Em verdade, "a única menção direta às funções não jurisdicionais da Justiça Eleitoral avistável no corpo da Constituição está no artigo 17, ao tratar do registro de partidos políticos e da obrigação de prestação de contas das agremiações" (PELELLA, 2012, p. 139).

9 Mais especificamente o artigo 2º, § 2º; o artigo 5º, §§ 1º, 2º e 4º; o artigo 6º, *caput*, e §§ 1º e 2º; e o artigo 13, §3º, todos do ADCT.

Além disso, PELELLA apresenta *dois fatores essenciais* atribuídos pela doutrina para a adoção da jurisdicionalização do processo eleitoral brasileiro: a *terciariedade* do Judiciário; e a *capilaridade* desse Poder (2012, p. 139-140).

A *terciariedade* do Judiciário em relação aos Poderes autenticamente políticos (Executivo e Legislativo), e diretamente interessados na disputa política, recomendava a concentração de funções nas estruturas judiciárias; esse ponto, portanto, tem a ver com a confiabilidade do sistema eleitoral, mas não se trata de fundamento exclusivamente brasileiro, haja vista que foi o móvel em diversos países para que abandonassem o sistema de verificação dos poderes puro, e preferissem aqueles que total ou parcialmente tivessem interferência do Judiciário (nesse sentido: OLIVEIRA, 2010).

Por sua vez, a *capilaridade* do Judiciário favorecia a penetração da administração, regulamentação e controle das eleições nos mais diversos pontos do Brasil, País este de dimensões continentais. Contudo, essa não foi prática nova no que se refere ao sistema eleitoral brasileiro, haja vista que no Século XIX, utilizava-se de instalações e estruturas da Igreja para possibilitar a reunião dos eleitores e a materialização da escolha do colégio eleitoral, aproveitando-se, portanto, da capilaridade que o clero já àquela época apresentava, alcançando povoados e municípios desprovidos de estrutura oficial do Estado (PELELLA, 2012, p. 140, nota n. 16; e SILVA, 2010, p. 128).

Assim, a combinação de ambos os fatores acima descritos levou à consolidação da jurisdicionalização do processo eleitoral em nosso sistema, construindo a Justiça Eleitoral tal como a conhecemos hoje, com atribuições administrativas, regulamentares e de controle das eleições.

2.3 AS ATRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL

De fato, a Justiça Eleitoral brasileira foi desenvolvida para fazer frente a necessidade de as eleições serem realizadas em ambiente neutro, “sem a contaminação natural do processo de escolha do poder pelos seus detentores” (SILVA, 2010, p. 139). Ela atua como terceiro, decidindo mediante critérios normativos, de forma imperativa e imparcial (OLIVEIRA, 2010, p. 75).

Essa Justiça especializada, desde sua criação, assume todas as atribuições relativas ao processo eleitoral (OLIVEIRA, 2010, p. 75-76). Diante disso, a doutrina eleitoralista, quando passa a comentar as peculiaridades da Justiça Eleitoral, majoritariamente aponta ser ela titular de *quatro funções* primordiais para a realização de seu mister especializado. São elas: a *função jurisdicional*; a *função administrativa*; a *função consultiva*; e a *função normativa* (nesse sentido: GOMES, 1998; RIBEIRO, 2000; COSTA, 2010; CASTRO, 2012; GOMES, 2014; RAMAYANA, 2015; ZILIO, 2016; entre outros), em verdadeira superposição de funções (PELELLA, 2012, p. 140).

Consoante ALMEIDANETO, “como um espelho daquilo que ocorre com a clássica doutrina da separação dos Poderes, ou melhor, da divisão de funções do Estado, a Justiça Eleitoral, além de sua atividade típica jurisdicional, também exerce, de forma atípica, funções administrativas e legislativas” (2014, p. 53); no âmbito da Justiça especializada, essas atividades são muito mais acentuadas e verificáveis que em outros ramos do Judiciário.

A *função normativa* da Justiça Eleitoral, ora objeto de estudo, será analisada no próximo tópico.

3. A FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

3.1 AS RESOLUÇÕES DO TSE COMO FONTES DE DIREITO ELEITORAL

Inicialmente, cabe referir que a doutrina eleitoralista, desde há muito, aponta como uma das fontes de Direito Eleitoral as resoluções exaradas pelo TSE. Entre os doutrinadores, desde há muito, é assente a afirmação de que as instruções expedidas pela Justiça Eleitoral são fontes de Direito Eleitoral (nesse sentido: FERREIRA, 1991; JARDIM, 1996; GOMES, 1998; RIBEIRO, 2000; PINTO, 2008; COSTA, 2010; CÂNDIDO, 2012; COÊLHO, 2012; CASTRO, 2012; GOMES, 2014; ZILIO, 2016; e GONÇALVES, 2018).

Como é possível perceber, há um quadro de mútua imbricação entre as funções da Justiça especializada e as fontes de Direito Eleitoral. De fato, ao mesmo tempo em que se reconhece a competência normativa da Justiça Eleitoral, se reconhece, em igual medida, que o resultado dessa atribuição exercida pela Justiça especializada constitui fonte informativa de Direito Eleitoral. Quer dizer, quanto maior for o reconhecimento de que as instruções do TSE possuem caráter fundante de Direito Eleitoral, maior será o reconhecimento da atribuição da Corte Superior em expedir tais atos normativos, e vice-versa.

3.2 A CONCEITUAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

A atribuição normativa da Justiça Eleitoral representa a prerrogativa conferida à Justiça especializada para editar instruções normativas para garantir a correta execução das leis eleitorais (GOMES, 1998, p. 82). Trata-se de função atípica exercida precipuamente pelo TSE.

MACEDO e SOARES, defendendo um maior rigor em compartimentalizar a função regulamentadora e a função normativa, referem que a Justiça Eleitoral, ao exercer a função regulamentar, produz regulamentos que objetivam instrumentalizar a aplicação das leis eleitorais, sendo vedado que essa atividade vá de encontro às definições legais (2014). Além disso, a atribuição regulamentar representa “poder infralegal, porque decorrente da própria legislação eleitoral que o prevê”, e dessa função regulamentar “nascem apenas atos normativos secundários” (MACEDO e SOARES, 2014).

Ocorre que, segundo Elaine Harzheim Macedo, citada por PAIM, em decorrência das previsões legais sobre a expedição de instruções eleitorais pelo TSE, a Corte “passou, eleição a eleição, a expedir *Resoluções* que muitas vezes vão além do simples poder regulamentador, entrando em esferas tipicamente de produção legislativa (criação de direito)” (2016, p. 81). Assim, aos poucos passou-se de função regulamentadora para uma verdadeira atividade *normativa* (PAIM, 2016, p. 81), e do poder normativo, “resultam atos normativos primários e assim temos as leis, o decreto autônomo do Presidente da República e (como aqui defendido) algumas resoluções da justiça eleitoral” (MACEDO e SOARES, 2014).

Assim, segundo MACEDO e SOARES, embora usualmente se inclua na função normativa, o TSE detém, também, função regulamentar (2014). Embora os autores não definam dessa forma, é possível, com base em seus ensinamentos, apontar que a Justiça Eleitoral possui *função normativa lato sensu*, da qual decorrem a *função normativa stricto sensu* e a *função regulamentar*. A primeira (função normativa *stricto sensu*) diz respeito à excepcional elaboração de *atos normativos primários*, inovando no arcabouço normativo eleitoral. A segunda (função regulamentar) consubstancia-se na usual edição de *atos normativos secundários*, isto é, a regulamentação de normas jurídico eleitorais já existentes. Compartilhando desse entendimento, ALMEIDA NETO, refere

que “a mais abalizada doutrina tem registrado o exercício da atividade não apenas regulamentar, mas, sobretudo, normativa da Justiça Eleitoral” (2014, p. 111). PAIM, no mesmo sentido, adverte a impossibilidade de se confundir *poder regulamentar* com *poder normativo* (2016, p. 80).

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência utilizam indiscriminadamente as nomenclaturas *poder regulamentar* e *poder normativo*, conforme a constatação de PAIM: “muito embora sejam distintas a mera e usual função regulamentar e a excepcional função normativa, o próprio TSE acaba utilizando-as como termos sinônimos” (2016, p. 80). Na doutrina ocorre da mesma forma; é o exemplo de ALMEIDA NETO, que conceitua a função normativa da Justiça Eleitoral como sendo aquela exercida pelo TSE, “no uso de seu *poder regulamentar*, por meio de regulamentos autônomos e independentes impregnados de abstratividade, impessoalidade e generalidade, com força de lei ordinária federal”, e que por essas características admitem controle concentrado de constitucionalidade perante o STF (2014, p. 112 - sem grifos no original), claramente se referindo à expedição de *atos normativos primários* pela Justiça Eleitoral, e, portanto, à sua *função normativa*, e não à *atribuição regulamentar*.

Por fim, cumpre ressaltar que a manifestação da função normativa *lato sensu* da Justiça Eleitoral, seja ela de caráter *regulamentar* ou *normativo stricto sensu*, se dá sob o título de *Resolução*¹⁰.

3.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS LIMITES MATERIAIS E FORMAIS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

¹⁰ ALMEIDA NETO (2014), em substanciosa monografia específica acerca da função normativa da Justiça Eleitoral, apresenta outras formas de manifestação dessa atividade, inclusive apresentando tipologias das resoluções eleitorais.

Segundo ALMEIDA NETO, a função normativa, indubitavelmente, é a mais *sensível* das atribuições da Justiça Eleitoral, porquanto não raras vezes “ultrapassa as fronteiras e limites do Judiciário para inovar em matéria legislativa” (2014, p. 173). Portanto, necessária a observância de limites, pela Justiça Eleitoral, no exercício da função normativa. Nesse contexto, o referido autor indica como ponto de partida para o estabelecimento de limites ao exercício normativo da Justiça especializada, especialmente, a ideia de *separação dos Poderes*.

No entender de MACEDO e SOARES, este modelo, “pensado para bloquear os excessos do Estado contra os indivíduos, é hoje aplicado com o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), uma forma de superar a inércia estatal (decorrente do bloqueio recíproco) mediante controles e complementos mútuos entre os poderes” (2014). Dessa maneira, “os três poderes possuem suas respectivas funções típicas, mas eventualmente praticam funções atípicas (típicas de um seu congênere) como forma de controle e também como forma de fazer o Estado funcionar, em prol do indivíduo e não contra ele” (MACEDO e SOARES, 2014). Em outras palavras, cada órgão do poder exerce, de forma preponderantemente, uma função, e, de forma secundária, as outras duas. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade.

Segundo MARTINS, já “não é satisfatória a divisão rígida e estanque de funções entre os poderes de Estado. Hoje, o estabelecimento de funções atípicas, ao lado das funções típicas, é ato necessário para sustentar a própria tripartição e não constitui ofensa à separação de poderes” (2014).

MACEDO e SOARES, por sua vez, referem que “a ‘harmonia’ referida pelo constituinte originário na relação entre os poderes é apenas parcial. Seja pela independência que é garantida a cada um, seja pelos freios e contrapesos, haverá fricções” (2014). E complementam referindo que “a grande e paradoxal virtude desse

modelo tripartite com freios recíprocos é fazer o sistema estatal funcionar mesmo pelo seu não-funcionamento eventual: pois é melhor um impasse entre os poderes do que a absorção de um pelo outro” (MACEDO e SOARES, 2014). Ainda, salientam os autores que não são as atribuições típicas que acarretam maiores reflexões, mas exatamente aquelas atípicas, realizadas no limite entre as funções.

Da mesma forma, ALMEIDA NETO refere que o maior problema encontra-se no extravasamento das funções do órgão, isto é, “no ingresso indevido do Judiciário no domínio constitucionalmente delimitado ao Executivo e ao Legislativo” (2014, p. 175). Diante disso, como já ressaltado, imperioso o estabelecimento de limites para o exercício da função normativa da Justiça Eleitoral; e limitações de duas ordens são verificáveis para o exercício dessa função: *limites materiais e formais*.

No que concerne aos *limites materiais*, verifica-se que o exercício da atividade regulamentar da Justiça Eleitoral deve se restringir à matéria eleitoral (ALMEIDA NETO, 2014, p. 197). Contudo, também se poderia acrescentar como limite material à função normativa da Justiça Eleitoral, na esteira daqueles que defendem uma autonomia do *direito processual eleitoral* (como PAIM, 2016), a restrição também à matéria processual eleitoral. Em outras palavras, as resoluções expedidas pelo TSE só poderiam versar sobre questões eleitorais e processuais eleitorais.

No âmbito dos *limites formais* da função normativa da Justiça Eleitoral, tem-se que os atos normativos somente “podem ser baixados segundo a lei (*secundum legem*) ou para suprir alguma lacuna normativa (*praeter legem*)” (ALMEIDA NETO, 2014, p. 193). Fora isso, quando, por meio de resoluções, a Justiça especializada inova em matéria normativa, ou contraria dispositivos legais (*contra legem*), “desborda da competência regulamentar, estando, por conseguinte, sujeita ao controle de legalidade ou constitucionalidade do ato” (ALMEIDA NETO, 2014, p. 193).

No mesmo sentido, VELLOSO e AGRA referem que o poder normativo da Justiça Eleitoral “só pode ser realizado dentro do programa normativo das leis (*secundum legem*), ou para *suprir eventual omissão ou insuficiência* das mesmas (*praeter legem*)”, e, ao expedir resoluções “fora dos limites legais, estará o Tribunal Superior Eleitoral se contrapondo ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF), apanágio indelével ao Estado Democrático de Direito” (2012, p. 37 - sem grifos no original)¹¹.

No presente artigo, defende-se a possibilidade de se exercer a função normativa *praeter legem*, quando, em caso de *omissão ou insuficiência normativa*, o legislador ainda não tiver se manifestado; isso justamente em razão da separação dos Poderes e do sistema de freios e contrapesos, constituindo uma maneira de o Judiciário instar o legislador ao movimento.

Por fim, outro limite formal imposto pelo legislador, segundo ALMEIDA NETO, foi a “introdução de um marco temporal para a edição das instruções eleitorais”, implementada pelas alterações promovidas pela Lei 12.034/2009, que, dentre outras coisas, modificou a redação do artigo 105, *caput*, da Lei 9.504/1997, fazendo nele constar a data limite de 05 de março do ano da eleição (2014, p. 195). Inclusive, no art. 105, §3º, da Lei 9.504/1997, em complementação ao disposto no *caput*, estabeleceu-se que somente as resoluções eleitorais publicadas até o dia 05 de março do ano eleitoral serão aplicáveis ao pleito imediatamente seguinte, limitando formalmente a edição de instruções eleitorais. Por essa razão, RAMAYANA indica uma espécie de *princípio da anterioridade das resoluções eleitorais* (2015, 152-153).

11 Aliás, é nesse sentido o posicionamento do STF: “Poder normativo não é poder legislativo. A norma de caráter regulatório preserva a sua legitimidade quando cumpre o conteúdo material da legislação eleitoral. Pode conter regras novas, desde que preservada a ordem vigente de direitos e obrigações, limite do agir administrativo. Regras novas, e não direito novo” (ADI 5.028, Rel. p/ Acórdão Min. Rosa Weber, j. em 01/07/2014 - sem grifos no original).

4. AS FORMAS DE LEGITIMAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DAS ELEIÇÕES PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

4.1 OS DEBATES DOUTRINÁRIOS ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA FUNÇÃO NORMATIVA DA JUSTIÇA ELEITORAL

O tema da função normativa da Justiça Eleitoral suscita inúmeras discussões doutrinárias na seara eleitoralista. Resumidamente, é possível verificar duas posições acerca do poder regulamentar da Justiça especializada: aqueles que sustentam a *inconstitucionalidade* de tal exercício pela Justiça Eleitoral; e aqueles que apontam ser *possível o exercício* da atribuição normativa da Justiça Eleitoral, inclusive arrolando como fontes de Direito Eleitoral as resoluções exaradas pelo TSE. Esta segunda corrente, ainda, subdivide-se da seguinte forma: aqueles que aceitam a função normativa da Justiça eleitoral, *desde que ela não invada as competências legislativas do Parlamento*; e aqueles que admitem inclusive a *edição de atos normativos primários pelo TSE*.

Defendendo a inconstitucionalidade de tal atuação, SALGADO (2010), ESPÍNDOLA (2012) e MARTINS (2014) são contundentes.

SALGADO é enfática ao arguir a incompatibilidade do exercício normativo da Justiça Eleitoral com a Constituição Federal (2010, p. 233). A autora entende que “sem previsão expressa na Constituição e em face de uma função atípica, não se pode considerar a possibilidade de elaboração de normas, ainda que secundárias, pelo Poder Judiciário” (SALGADO, 2010, p. 233).

Embora reconheça o fenômeno dos *checks and balances*, e ressalte o exercício de funções atípicas em todos os Poderes, SALGADO entende que, com exceção das leis delegadas e medidas provisórias (que são submetidas a requisitos específicos e que sofrem

atuação do Legislativo, quer pela autorização, quer na sua conversão em lei), a função normativa está reservada ao Legislativo (2010, p. 234). Assim, é vedado ao Executivo e ao Judiciário estabelecerem “normas gerais e abstratas que inovem no ordenamento jurídico” (SALGADO, 2010, p. 234).

A Justiça Eleitoral, segundo SALGADO, diferentemente do Executivo (no âmbito estritamente regulamentar), do Conselho Nacional de Justiça e da Justiça do Trabalho, não está entre os órgãos competentes “para a expedição de atos normativos segundo a Constituição” (2010, p. 234). Conforme a autora, a atuação normativa não tem respaldo constitucional, sendo conferida, unicamente, pelas leis de regência, e só podem ser admitidas quando se destinarem à atuação administrativa da Justiça especializada (SALGADO, 2010, p. 234).

ESPÍNDOLA também é incisivo ao apontar a inconstitucionalidade do poder regulamentar da Justiça Eleitoral (2012, p. 77). Segundo o autor, a previsão da atividade regulamentar encontra-se no Código Eleitoral e na Lei 9.504/1997, e não na Constituição Federal, de forma que tais diplomas são inconstitucionais em tais permissivos legais para a função normativa do TSE (ESPÍNDOLA, 2012, p. 75-77).

Além da base dessa função ser inconstitucional, o próprio TSE, ao exercitá-la, age de maneira inconstitucional, através da “regra instituída por ‘ato de interpretação’” (ESPÍNDOLA, 2012, p. 78-79). Também, conforme o eleitoralista, “o poder que produz a norma não pode aplicá-la, em julgamentos, em casos concretos” (ESPÍNDOLA, 2012, p. 80). Dessa forma, a função normativa fere a separação dos Poderes e o princípio da legalidade, e, portanto, *de lege ferenda*, devem ser revogados os permissivos legais.

Por fim, MARTINS assevera que a competência de legislar em matéria eleitoral é privativa do Legislativo, e segundo a autora, “extrapola o papel da jurisdição eleitoral criar normas

de qualquer natureza, mesmo sob a justificativa de ‘aprimorar as instituições políticas’ ou ‘melhor regular’ o processo eleitoral” (2014). Segundo a autora, a função normativa da Justiça Eleitoral seria uma atividade autoatribuída pela própria Justiça Eleitoral, a fim de *moralizar* a seara política brasileira (2014).

Por outro lado, ZILIO (2016) e MACEDO e SOARES (2014), por exemplo, acompanhados pela doutrina majoritária, aceitam a função normativa da Justiça Eleitoral.

ZILIO assevera que as “resoluções expedidas pela Corte Superior têm função precipuamente regulamentar, servindo para interpretar e/ou esmiuçar a legislação eleitoral”, e, assim, não seria “possível ao TSE, através da resolução, substituir à função legislativa, que é privativa do Poder Legislativo” (2016, p. 25). MACEDO e SOARES (2014), por sua vez, como já referido, manifestam-se no sentido da possibilidade de o TSE editar inclusive atos normativos primários.

4.2 LEGITIMAÇÕES LEGAL, DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E SOCIAL

Do exposto até agora, é possível observar a existência de argumentos que refutam e defendem a constitucionalidade do exercício normativo da Justiça Eleitoral. Como referido acima, busca-se, com o presente artigo, analisar as formas de legitimação da função normativa da Justiça especializada, partindo-se do pressuposto de sua conformidade com a Constituição Federal.

Contudo, antes de se apresentar os fundamentos da constitucionalidade de tal atribuição da Justiça Eleitoral, cabe apresentar outras formas de legitimação dessa atividade que, em alguns casos, estão consolidados desde antes da promulgação da atual Constituição Federal. Essas formas de legitimação da função normativa da Justiça Eleitoral são verificáveis como sendo:

a *legitimação legal*, a *legitimação doutrinária*, a *legitimação jurisprudencial*; e a *legitimação social*.

Sobre a *legitimação legal*, é possível verificar, como referido acima, que, a partir de 1932, duas circunstâncias de importante relevo eleitoral passaram a ser tradição na seara especializada. Naquele ano, foi editado o primeiro Código Eleitoral brasileiro, que a um só tempo estabeleceu o sistema jurisdicional de controle das eleições e conferiu à Justiça Eleitoral a função normativa (OLIVEIRA, 2010, p. 45).

A partir de então, a atribuição normativa da Justiça especializada foi mantida pela Lei 48/1935 (que promoveu alterações no Código Eleitoral de 1932), pelo Decreto-Lei 7.586/1945, pelo Código Eleitoral de 1950 e pelo atual Código Eleitoral, de 1965, em seus artigos 1º, parágrafo único, e 23, incisos I e IX (ALMEIDA NETO, 2014, p. 111; e PAIM, 2016, p. 76-77). Além disso, seguindo a perspectiva histórica, manteve-se a previsão da função normativa da Justiça Eleitoral no artigo 27 da Lei 6.091/1974 (que dispõe sobre transporte gratuito de eleitores de zonas ruais), no artigo 18 da Lei 6.996/1982 (que dispõe sobre processo eletrônico de dados nos serviços eleitorais) e nos artigos 38 e 39 da Lei 7.664/1988 (que estabelecia normas gerais para as eleições municipais que ocorreriam em novembro daquele ano, um mês após a promulgação da atual Constituição Federal). Além disso, também foi prevista a atribuição regulamentar da Justiça Eleitoral no artigo 54 da Lei 8.214/1991, no artigo 89 da Lei 8.713/1993 e no artigo 86 da Lei 9.100/1995, chamadas *Leis do Ano* (que estabeleciam regras gerais para as eleições que ocorreriam nos anos seguintes às suas publicações). A Lei 9.096/1995 (que dispõe sobre partidos políticos), também reservou lugar para a função normativa da Justiça especializada em seu artigo 61 (ALMEIDA NETO, 2014, p. 112-113).

Posteriormente, adveio a Lei 9.504/1997 (a atual lei geral sobre eleições) que em seu artigo 105, *caput*, também prevê a

função normativa da Justiça Eleitoral (ALMEIDA NETO, 2014, p. 113). Esse dispositivo foi modificado pelas alterações promovidas pela Lei 12.034/2009, que, mantendo a atribuição regulamentar da Justiça especializada, apenas ressaltou que tal atividade deveria ser exercida *atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei*, o que, no entender de MACEDO e SOARES, “significa o reconhecimento implícito do legislador sobre a existência real deste poder normativo, contra o qual naturalmente haveria de se impor” (2014).

Ressalte-se que as substanciosas alterações trazidas pela Lei 13.165/2015, não modificaram ou suprimiram os dispositivos vigentes que trazem o permissivo legal da função normativa da Justiça Eleitoral. Aliás, nem mesmo as recentes modificações implementadas pelas Leis 13.487/2017, 13.488/2017, 13.834/2019 e 13.891/2019 na seara eleitoral assim o fizeram.

Dessa forma, diante do tradicional tratamento legal sobre a atividade normativa da Justiça Eleitoral (tanto anterior à atual Constituição Federal quanto posterior a ela), é possível verificar que tal atribuição conferida à Justiça especializada possui histórica e consolidada legitimação legislativa, recrudescendo a tese da constitucionalidade da função normativa. Aliás, se assim não fosse, a seara especializada, talvez, deteria o caso de inconstitucionalidade mais antigo da história jurídica brasileira, uma vez que há mais de oitenta anos tal função normativa é atribuída, por leis infraconstitucionais, à Justiça Eleitoral.

No que compete à *legitimação doutrinária*, como exposto acima, é verificável na seara eleitoralista inúmeros autores defendendo não só a função normativa da Justiça Eleitoral, mas também o caráter de fonte de Direito Eleitoral das resoluções expedidas pelo TSE (nesse sentido: FERREIRA, 1991; JARDIM, 1996; GOMES, 1998; RIBEIRO, 2000; PINTO, 2008; COSTA, 2010; CÂNDIDO, 2012; CASTRO, 2012; COÊLHO, 2012; GOMES, 2014; e ZILIO, 2016).

Apresenta-se majoritária a corrente doutrinária que compreende a existência e a validade de tal exercício, embora alguns reconheçam certos exageros perpetrados pelo TSE na atividade regulamentar.

Assim, embora alguns doutrinadores sejam contundentes ao arguir a inconstitucionalidade do exercício normativo pelo TSE, a ampla maioria da doutrina o reconhece e o acolhe, às vezes esboçando críticas, porém sempre admitindo tal função da Justiça Eleitoral, de forma a conferir-lhe legitimidade e, conseqüentemente, dando força à tese da constitucionalidade dessa atribuição.

No que tange à *legitimação jurisprudencial*, imperioso salientar que tanto o TSE quanto o STF acolhem o exercício de tal função pela Justiça Eleitoral. A título de exemplo, por ocasião da CTA 1.745 (Rel. Min. Idelfonso Mascarenhas, j. em 13/11/1959), realizada sob a égide do Código Eleitoral de 1950, o Min. Nélson Hungria referiu que a função normativa da Justiça Eleitoral tem em mira “garantir o exercício dos direitos políticos e a vitalidade do regime democrático”. Tal resposta à consulta representa o entendimento assente da Corte Superior Eleitoral, quando confrontada sob sua legitimidade para o exercício regulamentar. O STF, por sua vez, também reconhece o exercício da função normativa pelo TSE. Como exemplo, vale citar a ADI 3.345 (Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/08/2005), na qual o STF acolheu a possibilidade de instauração de controle concentrado de constitucionalidade sobre resoluções eleitorais, reconhecendo *coeficiente de generalidade abstrata; autonomia jurídica; impessoalidade; e eficácia vinculante das prescrições delas constantes*; no mesmo sentido a ADI 2.321 MC (Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/2000). Da mesma forma, no RE 197.917 (Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 06/06/2002), o STF ressaltou a *densidade normativa suficiente* das resoluções expedidas pelo TSE.

ALMEIDA NETO, inclusive, salienta que o STF jamais questionou, formalmente, a atribuição do TSE para expedir

“resoluções autônomas, o que corrobora a constitucionalidade desse poder normativo, dentro de certos limites legais” (2014, p. 115). Segundo o autor, quando o STF é chamado a exercer o controle de constitucionalidade sobre alguma resolução eleitoral, “sempre decide sob o ângulo material” (ALMEIDA NETO, 2014, p. 115). Quer dizer, nunca o STF declarou inconstitucional uma resolução eleitoral pela falta de competência do TSE para expedir “atos regulamentares normativos, impregnados de abstratividade, generalidade e impessoalidade” (ALMEIDA NETO, 2014, p. 115). De fato, no julgamento da ADI 5.028 (Rel. p/ Acórdão Min. Rosa Weber, j. em 01/07/2014), o STF referiu ser “viável o controle abstrato da constitucionalidade de *ato do Tribunal Superior Eleitoral de conteúdo jurídico-normativo essencialmente primário*” (sem grifos no original).

Diante disso, evidencia-se uma legitimidade jurisprudencial da função normativa da Justiça Eleitoral, uma vez que a mais alta Corte Eleitoral e a Corte Constitucional brasileiras se manifestam expressamente nesse sentido, o que contribui, mais uma vez, para a tese da constitucionalidade de tal mister eleitoral.

Por fim, sobre a *legitimação social* da função normativa da Justiça Eleitoral, cabe referir que, no âmbito eleitoral, inúmeros são os “interesses metajurídicos”, para usar a expressão de JARDIM (2013, p. 219), formadores do Direito Eleitoral legislado. Conforme o autor, o Direito Eleitoral detém característica única: “o redator da norma é seu próprio destinatário”, de forma que o legislador “trabalha com a lógica do resultado” (JARDIM, 2013, p. 220 e 222).

Assim, a lei eleitoral, “contrariando o cânone clássico sobre a legitimidade das normas jurídicas, não atende nem à universalidade, nem à impessoalidade e nem à atemporalidade” (JARDIM, 2013, p. 222), e isso acarreta a crise de representatividade diagnosticada por MACEDO e SOARES (2014) e PAIM (2016, p. 84).

Segundo PAIM, diante da crise da democracia representativa, “o processo legislativo federal tem-se mostrado insuficiente na seara eleitoral, deixando lacunas que precisam ser preenchidas”, encontrando a Justiça Eleitoral um ambiente propício à normatização, e que o faz com nítido caráter “moralizador” (2016, p. 85). Conforme o autor, o conteúdo dessa normatização com efeito moralizante “é muito bem recebido pela sociedade, especialmente diante da crise de representatividade e da demonização dos políticos e da política”, e é nessa conjectura que se percebe a “legitimação social do TSE para o exercício de sua função normativa, tendo em vista o conceito que possui junto à sociedade” (PAIM, 2016, p. 85).

Por fim, cabe acrescentar o apontamento feito por MELLO que, embora voltado à atribuição regulamentar do Poder Executivo, é perfeitamente adaptável à função normativa da Justiça Eleitoral; segundo o autor, a criação de normas jurídicas “pelo Executivo, que cada vez mais se incrementa, como fenômeno do século, decorre não só da crise do parlamentarismo, como, e, principalmente, da incapacidade revelada pelo chamado Poder Legislativo de fazer leis” (1969, p. 308-309). Conforme o administrativista, “trata-se de órgão que representa as diferentes correntes da opinião pública, manifestada nos partidos políticos e nas organizações profissionais, mas sem preparo técnico, científico, sociológico e jurídico para o mister legislativo. Daí a entrega ao Executivo de tal cometimento, que se vale de órgãos administrativos especializados para tanto” (MELLO, 1969, p. 308-309). E prossegue o publicista, ao referir que “demais, as assembleias legislativas não possuem a mesma flexibilidade e não têm a mesma rapidez que as repartições administrativas, na elaboração de normas jurídicas urgentes e complexas” (MELLO, 1969, p. 309).

Como se vê, existem outras formas de legitimação da função normativa da Justiça Eleitoral que não estão no corpo do texto constitucional. Porém, as legitimações legislativa, doutrinária,

jurisprudencial e social, corroboram a tese da constitucionalidade da atividade normativa do TSE, essa que será estudada no tópico a seguir.

4.3 LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Verificadas as formas de legitimação legislativa, doutrinária, jurisprudencial e social da função normativa da Justiça Eleitoral (essas que, como mencionado acima, já eram observáveis antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal), cabe agora fazer uma análise da legitimação constitucional do exercício dessa atividade normativa pela Justiça especializada.

Essa legitimação constitucional, como já referido, não é expressamente prevista no corpo da Constituição Federal. Porém, diferentemente daqueles que defendem a inconstitucionalidade da função normativa por ausência de previsão constitucional expressa, no presente artigo, verifica-se a legitimação constitucional implícita do poder regulamentar da Justiça Eleitoral.

A conclusão acerca dessa legitimação constitucional implícita pode partir de *quatro pontos de vista diferentes* que, ao final, se coordenam e reforçam a tese de constitucionalidade da regulamentação das eleições pela Justiça Eleitoral. São eles: a legitimação constitucional *pela adoção do sistema jurisdicional* de controle das eleições, conjugada com a *técnica de interpretação da teoria dos poderes implícitos*; a legitimação constitucional *pelas disposições contidas no ADCT*; a legitimação constitucional *pelos checks and balances na separação dos Poderes*; e a legitimação constitucional *pela postura do STF, o Guardião da Constituição, ao tratar da função normativa da Justiça Eleitoral*.

Sobre o primeiro ponto de vista, cabe repisar que no Brasil se adotou o sistema jurisdicional de controle das eleições, a partir de expressa previsão constitucional de um órgão encarregado de tal mister: a Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário da

União (OLIVEIRA, 2010, p. 45). A Justiça Eleitoral representa o *electoral management body* brasileiro (PELELLA, 2012, p. 138), responsável pelas funções de administração, regulamentação e controle das eleições.

Como se vê, diante da adoção do modelo jurisdicional de controle das eleições, conferindo-se a um só órgão as funções de *electoral management body*, demanda-se à Justiça Eleitoral uma atuação proativa para o melhor desempenho possível no gerenciamento das eleições. É justamente por se exigir essa tomada de iniciativa pela Justiça especializada que se inclina, no presente artigo, pela legitimação constitucional da função normativa da Justiça Eleitoral.

Em outras palavras, ao se adotar o sistema jurisdicional de controle dos pleitos (principalmente no nosso modelo, onde há sobreposição de funções na Justiça Eleitoral), implicitamente se confere a esse mesmo órgão eleitoral a legitimidade para expedir todos os instrumentos normativos necessários à realização das eleições, a fim de que a Justiça especializada desempenhe seu dever em toda a sua plenitude.

Como já foi possível asseverar, em uma busca mais aprofundada no texto constitucional, verifica-se que as atribuições não jurisdicionais da Justiça Eleitoral são *pressupostas* pela Constituição Federal, com base na herança do direito pré-constitucional (PELELLA, 2012, p. 139), além da decorrência lógica da própria adoção do modelo jurisdicional de controle dos pleitos.

Conjuga-se a esse contexto de adoção do sistema jurisdicional de controle das eleições, a técnica de hermenêutica constitucional da teoria dos poderes implícitos, isto é, *grosso modo*, no jargão popular, *quem pode o mais pode o menos*. Essa técnica de interpretação, desde há muito conhecida pela doutrina constitucionalista, refere que quando for atribuído a um órgão constitucionalmente estabelecido determinados fins, implicitamente

lhes serão conferidos os meios para o exercício desse dever. Essa é a clássica doutrina de MAXIMILIANO, para o qual “quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento de outro” (1995, p. 312). E o autor ainda complementa: “é força não seja a lei fundamental casuística, não desça às minúcias, catalogando poderes especiais, esmerilhando providências. Seja entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir. Variam estes com o tempo e as circunstâncias: descobri-los e aplicá-los é a tarefa complexa dos que administram” (MAXIMILIANO, 1995, p. 312). Aliás, essa teoria já foi encampada pelo STF (RE 593.727, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 14/05/2015).

Assim, com base nos fundamentos traçados acerca da teoria dos poderes implícitos, e aplicando-os à Justiça Eleitoral, verifica-se possível levantar a legitimidade constitucional implícita do órgão eleitoral para expedir atos normativos secundários, ou, excepcionalmente, primários, em matéria eleitoral e processual eleitoral.

No caso, quando a Constituição Federal prevê expressamente a existência da Justiça Eleitoral, em clara adoção do sistema jurisdicional de controle dos pleitos, embora não expressamente o faça, implicitamente lhe confere todos os meios para a realização de seu dever constitucional de controle da legitimidade das eleições. Dessa forma, inclusive, a Constituição Federal lhe confere a atribuição normativa, quando, diante da amplitude demasiada da lei eleitoral, de maneira a comprometer sua execução, ou em casos de omissões ou insuficiências legais na matéria especializada, for necessária a expedição de resoluções pelo TSE, a fim de permitirem a exequibilidade das leis eleitorais, ou inovarem naquilo que o legislador foi omissivo ou insuficiente.

Por outro lado, no que compete à legitimação constitucional implícita *pelas disposições contidas no ADCT*, cabe lembrar que é neste Ato que se encontram as regras que indiretamente atribuem à Justiça Eleitoral a função normativa. O artigo 2º, § 2º, e o artigo 5º, § 2º, do ADCT trazem normas de transição constitucional nas quais se conferiu à Justiça Eleitoral a prerrogativa de expedir normas para regulamentar o plebiscito que seria realizado em 07 de setembro de 1993, sobre a forma e o regime de governo que passariam a vigorar no Brasil, bem como para editar as normas necessárias à realização das eleições de 15 de novembro de 1988, caso ausente norma legal específica¹².

Nesse sentido, cabe referir que os dispositivos contidos no ADCT, conforme prega a doutrina e é reconhecido pelo STF (ADI 830, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14/04/1993), detém natureza de norma constitucional. Aliás, MENDES e BRANCO referem que, quando “o Poder Constituinte Originário dá início a uma nova conformação jurídica da comunidade, por vezes se defronta com situações que se alongaram no tempo e que motivaram expectativas de permanência estimadas justas” (2015, p. 78). Assim, para “não frustrá-las, o constituinte originário muitas vezes opta por mantê-las, em certos limites, dispondo um regime jurídico único para casos específicos (MENDES e BRANCO, 2015, p. 78). Ainda, segundo os referidos autores, no ADCT por vezes são inseridas normas, com o intuito de excepcionar alguma regra geral do corpo da Constituição Federal (MENDES e BRANCO, 2015, p. 78-79). E prosseguem os autores: “as normas do ADCT são normas constitucionais e têm o mesmo *status* jurídico das demais normas do Texto principal” (MENDES e BRANCO, 2015, p. 79).

12 Frise-se que neste último caso a norma de transição restou sem efetividade, uma vez que foi editada a Lei 7.664/1988, que estabelecia normas gerais para as eleições municipais que ocorreriam em novembro daquele ano, um mês após a promulgação da atual Constituição Federal. Contudo, mesmo no bojo da Lei 7.664/1988, reservou-se espaço para a função normativa do TSE (artigos 38 e 39).

Conforme MENDES e BRANCO, “boa parte desses dispositivos transitórios é de direito intertemporal”, e, algumas vezes, os dispositivos contidos no ADCT são estatuídos pelo Poder Constituinte Originário para “excepcionar hipóteses concretas da incidência de uma norma geral, integrante do corpo principal da Constituição” (2015, p. 79), fazendo crer que, embora o ADCT leve em seu nome *disposições transitórias*, nem todas as normas ali contidas são meramente temporárias.

Como é possível observar, o Poder Constituinte Originário, estabelecendo normas de transição para a nova ordem constitucional, previu, expressamente, a função normativa da Justiça Eleitoral. Embora fosse possível alegar que se tratou de medida excepcional e meramente transitória aquela prescrita pelo Poder Constituinte Originário, percebe-se que já na primeira lei eleitoral editada após a Constituição Federal, o legislador manteve essa atribuição regulamentar do TSE, sendo seguida essa tradição em todas as leis eleitorais posteriores a ela.

Portanto, embora haja vozes pregando que a função normativa da Justiça Eleitoral não tenha assento constitucional, uma análise do ADCT faz crer justamente o oposto, isto é, de que o Poder Constituinte Originário previu e prestigiou a função normativa da Justiça Eleitoral, o que foi endossado pelo legislador infraconstitucional, logo após a promulgação da Constituição Federal.

Sobre a legitimação constitucional implícita da função normativa da Justiça Eleitoral, em razão dos *checks and balances*, cabe referir que a normatização realizada pelo TSE mostra-se como evidente técnica de contrapeso na separação dos Poderes, agindo de duas formas, por óbvio: uma em face do Legislativo; e outra em face do Executivo.

De fato, o Legislativo é quem detém a prerrogativa de elaborar leis eleitorais. Contudo, quando o legislador se manifestar de forma ampla demais, for omissivo ou atuar insuficientemente,

cabará à Justiça especializada suprir tais deficiências legais na seara eleitoral, a fim de dar exequibilidade às normas, ou, eventualmente, inovar legislativamente, suprindo omissões ou insuficiências, mas sempre objetivando a retida realização das eleições. Isso se verifica diante da dinâmica do processo eleitoral, inversamente proporcional à morosidade do processo legislativo. Assim, se o TSE não detivesse suas prerrogativas regulamentar e normativa, restaria engessado pelo Parlamento no que se referiria às matérias eleitorais e processuais eleitorais, ficando impossibilitado de gerenciar as eleições, da maneira mais profícua possível, distanciando-se, portanto, da *verdade eleitoral*.

Além disso, como identificou JARDIM, o Legislativo possui interesse na regulação dos pleitos, uma vez que o legislador é um candidato em potencial à reeleição (2013, p. 220). Assim, eventualmente, o legislador pode quedar inerte, quando o silêncio lhe for favorável, ou dolosamente elaborar leis eleitorais dúbias ou amplas demais, a fim de se beneficiar no pleito eleitoral, em razão dessas imperfeições legais. É justamente nessas situações, que a função normativa da Justiça Eleitoral deve ser utilizada como forma de correção de eventuais distorções no arcabouço jurídico eleitoral. Em outras palavras, é exatamente como forma de contenção da prerrogativa de o Legislativo elaborar leis eleitorais que surge a função normativa da Justiça Eleitoral, uma vez que seria temerário que se mantivesse apenas nas mãos do legislador a possibilidade de produzir as regras do jogo eleitoral, quanto mais quando esse mesmo legislador é um possível candidato à reeleição, legislando em causa própria (JARDIM, 2013, p. 221).

De outra banda, é comum que, após a aprovação de determinada lei e sua respectiva sanção presidencial, o Executivo exerça sua prerrogativa de regulamentá-la, com base no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, baixando decretos executivos. Tratando-se de lei eleitoral, contudo, o Executivo fica obstado de

valer-se de tal permissivo constitucional. Isso porque este Poder, tal qual o Legislativo, se sujeita ao controle popular das eleições, e, portanto, tem interesse direto na regulação dos pleitos. Diante disso, como forma de obstar que mais um Poder interessado no pleito eleitoral esteja apto a *traçar as regras do jogo que pretende jogar*, é evidente, mais uma vez, a técnica de contrapeso na separação das funções do Estado. Aliás, talvez tenha sido essa mesma a *mens legis* do legislador de 1932, ao incumbir à recém-criada Justiça Eleitoral o poder-dever de regular as leis eleitorais, tradição mantida até os dias atuais. Na doutrina, inclusive, é a clássica lição de RIBEIRO no sentido de que “essa atividade regulamentar, correlacionada à matéria eleitoral, *exclui a correspondente reserva de competência do Presidente da República* [...]”, polarizando-se no TSE, sem transbordar evidentemente, dos limites da respectiva lei” (2000, p. 180 - sem grifos no original).

Por fim, cabe uma última nota à legitimação constitucional implícita da função normativa da Justiça Eleitoral, desta vez, partindo-se da *postura do STF diante de tal atividade exercida pelo TSE*. É sabido que o STF é o *Guardião da Constituição*, cabendo a ele velar pela conformidade da atuação dos Poderes Públicos com as disposições constitucionais. Além disso, é cediço que a última palavra, em termos de interpretação constitucional, é dada pela Suprema Corte.

Como foi apontado, o STF já se manifestou sobre a função normativa da Justiça Eleitoral, referindo que as resoluções eleitorais detém suficiente densidade normativa para serem objeto de controle concentrado de constitucionalidade. Além disso, a Suprema Corte já referiu existir nas resoluções exaradas pelo TSE, coeficiente de generalidade abstrata, autonomia jurídica, impessoalidade e eficácia vinculante das prescrições delas constantes, dotando-as, portanto, das características de verdadeiros atos normativos primários.

Vale dizer: o STF jamais questionou, formalmente, a atribuição do TSE para expedir resoluções eleitorais, mesmo quando normas de caráter primário, o que corrobora a constitucionalidade desse poder normativo, dentro de certos limites.

Em outras palavras, quando o STF é chamado a exercer o controle de constitucionalidade sobre alguma resolução eleitoral, sempre decide sob o ângulo material. Nunca o STF declarou inconstitucional uma resolução eleitoral pela falta de competência do TSE para expedir atos regulamentares normativos, impregnados de abstratividade, generalidade e impessoalidade; pelo contrário: já compreendeu ser possível o controle de constitucionalidade dessa espécie de ato normativo, conforme a ADI 2.321 MC (Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/10/2000), a ADI 3.345 (Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/08/2005) e a ADI 5.028 (Rel. p/ Acórdão Min. Rosa Weber, j. em 01/07/2014).

Assim, muito além da mera legitimação jurisprudencial, o STF, diante de sua postura, frente às resoluções eleitorais expedidas pelo TSE e da função normativa desempenhada pela Justiça Eleitoral, confere legitimação constitucional a essa atividade, afastando qualquer tese sobre a inconstitucionalidade do seu exercício.

Em síntese, é possível observar que, para além das legitimações legal, doutrinária, jurisprudencial e social, a função normativa da Justiça Eleitoral detém legitimação constitucional implícita.

5. CONCLUSÃO

Como foi possível observar ao longo do presente artigo, embora negligenciada na seara doutrinária (e várias vezes criticada por sua suposta inconstitucionalidade), a função normativa da Justiça Eleitoral é de suma importância para que o órgão especializado

desenvolva seu dever de administração e de controle dos pleitos. Nesse sentido, foram verificadas formas de legitimação da atribuição regulamentar do órgão eleitoral.

De fato, o Brasil adotou o sistema constitucional de controle jurisdicional das eleições, ao prever expressamente na Constituição Federal um órgão especial para o exercício de tal mister, qual seja, a Justiça Eleitoral, órgão integrante do Poder Judiciário da União, que, dentre inúmeras particularidades que lhe são inerentes, possui aquilo que se chama de função normativa.

Segundo a doutrina, essa função surgiu como prerrogativa do TSE para minudenciar as leis eleitorais, em nítida atividade regulamentar, elaborando atos normativos secundários. Contudo, diante de omissões ou insuficiências legislativas na seara eleitoral, o TSE passou a inovar nesta matéria especializada, exercendo verdadeira função normativa, elaborando atos normativos primários. Dessa forma, hoje convivem as funções regulamentar e normativa da Justiça Eleitoral.

Portanto, embora a doutrina não tenha se manifestado expressamente nesse sentido, é possível verificar um gênero *função normativa (lato sensu)*, de onde decorrem duas espécies: *função regulamentar* e *função normativa (stricto sensu)*.

Além disso, verifica-se que a função normativa da Justiça Eleitoral encontra *limites materiais e formais*. Os *limites materiais* consistem no fato de que a função normativa da Justiça Eleitoral deve ser restrita à *matéria eleitoral* e à *matéria processual eleitoral*, não podendo as resoluções eleitorais disciplinarem questões que não tangenciem a disciplina especializada. Por sua vez, os *limites formais* impõem que as resoluções eleitorais: *só podem ser expedidas segundo a lei (secundum legem)*; *só podem ser expedidas para suprimir alguma insuficiência ou omissão normativa (praeter legem* - e, neste caso, podem inovar em matéria legislativa, quando o legislador não tiver se manifestado); *não podem contrariar*

dispositivo legal ou constitucional (contra legem); e devem respeitar o princípio da anterioridade das resoluções eleitorais (isto é, serem expedidas até o dia 05 de março do ano eleitoral).

Destarte, conclui-se pela *legitimação constitucional* da função normativa da Justiça Eleitoral, corroborada pela *legitimação legal*, pela *legitimação doutrinária*, pela *legitimação jurisprudencial*; e pela *legitimação social*.

No âmbito da legitimação constitucional, concluiu-se que esta decorre implicitamente da Constituição Federal, e apresenta-se de quatro formas distintas: pela *adoção do sistema jurisdicional* de controle das eleições, conjugada com a *técnica de interpretação da teoria dos poderes implícitos*; pelas *disposições contidas no ADCT*; pelo *sistema de checks and balances na separação dos Poderes*; e pela *posição do STF acerca do tema*. Verificou-se que, no âmbito da Justiça Eleitoral, ao se prever um órgão específico para administração, regulamentação e controle dos pleitos, implicitamente confere-se a ele todas as funções necessárias para a regular condução das eleições, inclusive incumbindo-o de atribuições regulamentares e normativas *stricto sensu*.

Diante de todo o exposto, contata-se que, de fato, a função normativa da Justiça Eleitoral, tradição octogenária no ordenamento jurídico eleitoral brasileiro, encontra legitimação constitucional implícita, além de outras formas de legitimidade, como a legislativa, a doutrinária, a jurisprudencial e a social, apresentando-se como uma atribuição de suma importância para a consecução da democracia e que, por isso, deve ser prestigiada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito Eleitoral Regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 15ª Ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 6ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Direito Eleitoral e Processo Eleitoral: Direito Penal Eleitoral e Direito Político**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COSTA, Tito. **Recursos em Matéria Eleitoral**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Abuso de Poder Regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral - as eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”). *In*: ROLLEMBERG, Gabriela; DIAS, Joelson; KUFA, Karina (Orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais no Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 75-87.

FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral Comentado**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

GOMES, Suzana de Camargo. **A Justiça Eleitoral e Sua Competência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito Eleitoral**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____. Interesses Formadores do Direito Eleitoral Legislativo. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 219-239, jan./jun. 2013.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O Poder Normativo da Justiça Eleitoral e a Separação dos Poderes: um paradigma democrático? *In*: BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (organizadores). **Direitos Fundamentais e Democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0bd791e117caac17>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

MARTINS, Tamira Almeida. O embate dos princípios da legalidade e da moralidade na jurisdição eleitoral brasileira. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=232246>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das Eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PELELLA, Eduardo. A Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral: considerações sobre o sistema de administração, regulação, normatização e controle das eleições. *In*: RAMOS, André de Carvalho (organizador). **Temas do Direito Eleitoral no Século XXI**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012, p. 133-201.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal - noções gerais.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral.** 14ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

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

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA, Henrique Neves da. A justiça eleitoral: breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções de competência. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 125-166, jan. /jun. 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral.** 5ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.