

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Paulo Renato Vieira Castro

Aspectos da Competência Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral

Florianópolis
Julho de 2012

Paulo Renato Vieira Castro

Aspectos da Competência Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de bacharel.

Orientador: Professor Doutor Orides Mezzaroba

Florianópolis

Julho de 2012

Autor: Paulo Renato Vieira Castro

Título: Aspectos da Competência Regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de bacharel, aprovado com nota_____.

Florianópolis (SC), 04 de Julho de 2012.

Doutor Ourides Mezzaroba
Universidade Federal de Santa Catarina
Professor Orientador

Thiago Gazaniga Pinheiro
Universidade Federal de Santa Catarina
Membro da Banca Examinadora

Hugo Platzer Junior
Universidade do Vale do Itajaí
Membro da Banca Examinadora

RESUMO

Na presente monografia, realiza-se uma abordagem crítica sobre a legislação, a doutrina e a jurisprudência que tratam da questão da competência regulamentar exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral. Tal análise busca averiguar os aspectos dessa competência, tais como a origem, fundamentos e limites ao seu exercício, em especial os limites constitucionais. O objetivo central é concluir se há fundamento constitucional para essa competência e, em não havendo, quais são os fundamentos de validade para que de fato permaneça sendo exercida.

Palavras-chave: Competência regulamentar. Tribunal Superior Eleitoral. Fundamentos. Natureza jurídica. Limites

Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 - DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA.....	9
1.1 - ORIGEM DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	9
1.1.1 - Eleições no período Colonial.....	9
1.1.2 - Eleições no período Imperial.....	10
1.1.3 - Eleições no período da República velha.....	11
1.1.4 - Sistema judiciário de controle eleitoral: a origem inglesa.....	12
1.1.5 - Surgimento da Justiça Eleitoral no Brasil: o primeiro Código Eleitoral de 1932.....	13
1.2 - A JUSTIÇA ELEITORAL NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES.....	14
1.2.1 - A Constituição de 1934: a constitucionalização da Justiça Eleitoral.....	14
1.2.2 - A Constituição de 1937: a extinção da Justiça Eleitoral.....	16
1.2.3 - A Constituição de 1946: o fim do regime de exceção e o retorno da Justiça Eleitoral.....	17
1.2.4 - A Constituição de 1967 e a Emenda n. 1 de 1969: o retrocesso ao regime de exceção.....	19
1.3 - ÓRGÃOS DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	20
1.3.1 - Tribunal Superior Eleitoral.....	21
1.3.2 - Tribunais Regionais Eleitorais.....	22
1.3.3 - Juízes Eleitorais.....	22
1.3.4 - Juntas Eleitorais.....	23
CAPÍTULO 2 – DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR.....	24
2.1 – ASPECTOS GERAIS	24
2.1.1 - Separação de poderes e o regulamento.....	24
2.1.2 – Lei e regulamento: distinções.....	28

2.1.3 – Definição e objeto da competência regulamentar.....	29
2.1.4 - Fundamentos constitucionais e natureza jurídica da competência regulamentar.....	33
2.2 – MODALIDADES DE REGULAMENTO.....	36
2.2.1 – Regulamento delegado ou autorizado.....	36
2.2.2 – Regulamento autônomo ou independente.....	36
2.2.3 – Modalidade de regulamento aceita em nosso ordenamento.....	39
2.3 – LIMITES DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR.....	39
2.3.1 – Princípios constitucionais aplicáveis.....	39
2.3.2 – Princípio da legalidade.....	40
2.3.3 – Princípio da razoabilidade.....	41
CAPÍTULO 3 - DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR EXERCIDA PELO TSE.....	42
3.1 – ASPECTOS GERAIS.....	42
3.1.1 – Origem e histórico.....	42
3.1.2 – Fundamentos.....	43
3.1.3 – Natureza jurídica das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.....	45
3.2 – PROBLEMAS ACERCA DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO TSE..	46
3.2.1 – Ausência de previsão constitucional expressa para a competência regulamentar do TSE.....	46
3.2.2 – A competência regulamentar deve ser atribuída privativamente ao Chefe do Poder Executivo?.....	47
3.2.3 – A questão da relevância da competência regulamentar do TSE.....	49
3.3 – LIMITES APLICÁVEIS À COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO TSE.....	51
3.3.1 – Limites legais.....	51
3.3.2 – Limites constitucionais.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será abordada a problemática da competência de regulamentar as leis eleitorais que é exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral, órgão máximo da Justiça Eleitoral, integrante do Poder Judiciário da União.

O trabalho envolve a pesquisa, compilação e análise crítica do papel desempenhado pelo TSE no exercício de tal competência, bem como dos fundamentos jurídicos que o justificam, da natureza jurídica das normas expedidas e da delicada questão dos limites que devem ser observados.

Neste sentido, nos propomos com essa pesquisa oferecer uma análise detida, jamais exaustiva, acerca do tema dentro da estrutura constitucional vigente e em face das características assumidas pelo Estado brasileiro, levantando questões ao final da pesquisa, a fim de oferecer nossa contribuição para um melhor entendimento do tema.

A pesquisa justifica-se porquanto, para além da relevância do assunto, há divergências de opiniões na doutrina, em que uma corrente minoritária não reconhece outra competência regulamentar que não aquela conferida pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo.

O objetivo primeiro da pesquisa é analisar o regramento pertinente ao poder regulamentar, em especial o exercido pelo TSE, a fim de verificar o seu cabimento, de acordo com os princípios constitucionais explícitos e implícitos e definir os limites de ação, checando se aquele órgão tem atuado de maneira correta ao regulamentar as leis eleitorais.

A hipótese vestibular adotada é a de que a competência regulamentar decorre indiretamente da Constituição e diretamente do Código Eleitoral, e deve ser exercido nos limites legais e constitucionais, sobretudo observando os princípios da legalidade, razoabilidade, separação dos poderes e anualidade da lei eleitoral. E que a atuação do TSE quando da edição das Resoluções é legítima.

O estudo segue o método dedutivo, através do emprego da técnica do levantamento bibliográfico, tendo como escopo os preceitos constitucionais, a legislação eleitoral, assim como as obras de renomados juristas do Direito Público, em especial nos campos do Direito Eleitoral, Constitucional e Administrativo.

Desta forma, em primeiro lugar abordaremos a Justiça Eleitoral brasileira, tarefa a ser empreendida no capítulo primeiro, analisando o histórico das eleições no Brasil, bem como o sistema de condução do processo eleitoral, desde a época da colônia até o atual regime constitucional democrático.

Será observado o tratamento conferido à Justiça Eleitoral nas constituições pretéritas, de modo a constatar que houve a sua extinção, em determinado período da República, logo após sua criação, em meio a um regime de exceção.

Após analisar esses aspectos históricos da Justiça Eleitoral, detalharemos em minúcias sua organização judiciária. Nessa empreitada, serão abordadas as principais competências do Tribunal Superior Eleitoral, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Juízes Eleitorais e das Juntas Eleitorais sob as perspectivas da Constituição Federal e do Código Eleitoral vigente.

No segundo capítulo da pesquisa, cuidaremos do poder regulamentar, situando em que contexto ele estar inserido. Com efeito, o objetivo será demonstrar primeiro os aspectos gerais do regulamento, conceituando-o com base no que estabelecido na Constituição da República.

Outrossim, serão abordadas algumas das modalidades de regulamentos mais conhecidos no Direito alienígena, a fim de demonstrar se são ou não compatíveis com o nosso ordenamento de acordo com suas características.

Ao cabo do capítulo segundo cuidar-se-á dos limites a serem observados quanto à competência regulamentar, os quais devem estar bem definidos para que as autoridades não abusem dessa prerrogativa.

Com o terceiro e último capítulo, adentra-se na problemática da pesquisa, que será abordada em três tópicos, ou seja, no primeiro deles serão analisados os aspectos gerais da competência regulamentar do TSE, aí incluídos a origem e o histórico dessa competência, seu fundamento de validade e, ao final, a natureza jurídicas das normas expedidas em razão da atribuição regulamentar.

No segundo tópico, será verificado a ausência de previsão expressa na Constituição para o exercício da função regulamentar e quais os argumentos para se superar essa ausência. Por derradeiro, o tópico terceiro cuidará dos limites a que deve se submeter a competência regulamentar de que dispões o Tribunal Superior Eleitoral.

CAPÍTULO 1 - DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

1.1 - ORIGEM DA JUSTIÇA ELEITORAL

A história da criação da Justiça Eleitoral brasileira é relativamente recente e data da primeira metade do século passado, ou seja, a partir do Estado Moderno. Surgiu como resultado natural e direto do regime democrático representativo, também conhecido como regime de democracia indireta. Esse regime é o ponto de maior realce da Idade Moderna, pois se o poder emana do povo, este deve participar do governo e das suas deliberações.

Devido à impossibilidade da adoção do regime direto, uma vez que os Estados passaram a ter territórios de grandes proporções e com uma população equivalente, surgiu o regime representativo. Com efeito, por meio desse regime o povo decide a administração e a evolução da Nação, utilizando-se de representantes com atribuições de meros mandatários.

1.1.1 - Eleições no período Colonial

As primeiras eleições aqui realizadas remontam à primeira metade do século XVI. Tratavam da escolha de pessoas aptas aos cargos públicos de juízes, vereadores, procuradores, tesoureiros, onde houvesse, e escrivães da Câmara.

Conforme o disposto no Título XLV do Livro I das Ordenações Manoelinas, as eleições eram em dois graus, em que homens bons e o povo nomeavam seis homens para eleitores e estes, de dois em dois, indicavam, por escrito, “as pessoas que mais pertencentes lhe parecerem” para os cargos citados.

O exercício do mandato era de apenas um ano, todavia, em cada eleição, elegiam-se nomes para servirem por três exercícios. O sistema de coleta de votos era por meio de *pelouros*, ou seja, urnas em forma de bola de cera; e, ao findar um mandato, convocava-se um menino de sete anos para retirar os nomes que serviriam o próximo exercício.

No século seguinte, então no ano de 1.603, as Ordenações Manoelinas foram substituídas pelas Ordenações Filipinas que, em tese, reduziram as funções

judiciárias dos órgãos de vereança e acentuaram seu caráter administrativo. Após, o Avarará de 12 de novembro de 1.611 alterou as eleições para Juízes e Procuradores. O Regimento de 10 de maio de 1.640 alterara as eleições de Vereadores, Procuradores e Oficiais das Comarcas do reino.

O Decreto de 7 de março de 1.821, por fim, introduziu as eleições para Deputado às cortes Portuguesas em Lisboa, utilizando-se do método estabelecido na Constituição Espanhola de 1812, de Cadiz, método esse que, de modo deveras complexo, previa eleições em quatro graus, quais sejam: Juntas Eleitorais de Freguesia indicavam Juntas de Comarca, que designavam Juntas de Província, que apontavam, afinal, os Deputados escolhidos (JOBIM e PORTO, 1996, Vol. I, p. 9-33).

1.1.2 - Eleições no período Imperial

Ao tempo do Brasil Império, a tarefa de conduzir os resultados e proclamar os eleitos era afeta aos Conselhos, denominados de Câmaras Legislativas, em que, à guisa do modelo Parlamentar ou Político de sistema eleitoral, “cada Câmara é o único juiz da elegibilidade e da regularidade das eleições de seus próprios membros” (RUSSOMANO, 1981, p. 134).

Esse sistema, trazido pela Carta Política outorgada de 1824, estabelecia um processo eleitoral indireto, em dois graus, para a eleição de Senadores e Deputados. É dizer, o povo, em cada uma das freguesias, designava eleitores de paróquia, que nomeariam as pessoas para os referidos cargos.

Vale ressaltar, oportunamente, que o voto era extremamente restrito, excluindo-se as mulheres e os que não alcançassem determinada renda. Com efeito, para o votante em primeiro grau exigia-se cem mil réis de renda líquida anual; para eleitores de segundo grau, duzentos mil réis líquidos.

Para se eleger Deputado, a renda exigida era de quatrocentos mil réis líquidos e, finalmente, para Senador era necessária a renda de oitocentos mil réis – omitida aqui a palavra *líquida*.

Mudanças legislativas paulatinas houve até que, ao final do período Imperial, com o advento da Lei n. 3.029, de janeiro de 1881 – cognominada de *Lei Saraiva* - vieram as eleições diretas.

A despeito da evolução no sentido de unificar o votante e os eleitores na figura do eleitor, mantiveram-se, todavia, as restrições de renda e do voto das mulheres. Houve, ainda, o impedimento ao voto do analfabeto (JOBIM e PORTO, 1996, Vol. I, p. 213-235).

1.1.3 - Eleições no período da República velha

Após a proclamação da República, já com uma estrutura de Estado Federado inspirado no modelo Americano, instaurou-se no Brasil uma nova ordem jurídica eleitoral.

Pela Constituição de 1891, cessou-se a exigência de renda para ser eleitor, embora se exigisse que o ato do alistamento eleitoral fosse acompanhado de prova de que possuía um trabalho, profissão ou de que tivesse assegurada sua subsistência, já que o sufrágio era proibido aos mendigos.

Em seguida, pela Lei n. 1.269, de 15 de janeiro de 1904, denominada *Lei Rosa e Silva*, com status de Código Eleitoral, dentre as importantes inovações introduzidas por essa norma, destaca-se o escrutínio secreto, com a ressalva de que era possível, caso o eleitor desejasse, o voto a descoberto. Outrossim, os distritos passaram a ser de cinco nomes; os Estados que dessem sete Deputados, ou menos, constituiriam um só distrito eleitoral.

O voto seria ainda incompleto: cada eleitor votaria em três nomes, nos Estados cuja representação contasse com apenas quatro deputados; em quatro nomes nos distritos de cinco; em cinco nos distritos de seis; e em seis nos distritos de setes Deputados. O voto poderia ser, ainda, cumulativo: quando o número de vagas a preencher fosse de cinco ou mais Deputados, o eleitor poderia acumular todos os seus votos ou parte deles em um só candidato, escrevendo seu nome tantas vezes quantos fossem os votos que lhe pretendesse dar.

Mesmo com essas importantes alterações no sistema de controle eleitoral da época, a competência para conduzir todo o processo eleitoral, entretanto, continuava a cargo de instituição estranha ao Poder Judiciário.

A mudança de paradigma só viria a ocorrer vinte e oito anos mais tarde, com a edição do primeiro Código Eleitoral, Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de

1932. Fruto do movimento revolucionário de 1930 (JOBIM e PORTO, 1996, Vol. II, p. 14).

1.1.4 - Sistema judiciário de controle eleitoral: a origem inglesa

Até o final do período da República velha, portanto, o Brasil adotava o sistema parlamentar¹ ou político de condução do processo eleitoral. Tal sistema, porém, contribuía para a falta de isenção, culminando na corrupção generalizada dos pleitos.

Com efeito, era necessária uma mudança que lograsse coibir os abusos e desmandos do velho sistema. E aqui cabe realçar a inspiração inglesa que, no final do século XIX, passara a adotar o Sistema Judiciário², conforme relata Russomano (1981, P. 134/135):

Como decorrência, surgiu o *Sistema Judiciário*, efetuando-se este surgimento no país onde nascera o primeiro sistema apontado. Ou seja, precisamente, na Inglaterra.
Tantas e tão fundas desfigurações sofrera o sistema parlamentar que, na opinião do jurista, durante cerca de três quartos do século XIX, os britânicos tiveram uma das organizações eleitorais mais corrompidas do mundo.
No apagar das luzes desse século, sob o gênio de DISRAELI, houve uma virada de posição. Conquistou-se a retidão nas eleições, que passaram a ser verificadas por magistrados. Foi-se, finalmente, ao encontro da verdade eleitoral.

Ainda, segundo a autora, após ser inaugurado, o *Sistema Judiciário* passou a ser adotado em vários outros Estados, a exemplo da Grécia, com a instituição do *Tribunal Superior das Atividades Eleitorais*. Também o Chile instituiu o seu *Tribunal Qualificador das Eleições*, embora com uma composição heterogênea, uma vez que participariam os Presidentes e Vice-Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado.

Ressalta-se, por fim, o *Tribunal Eleitoral da Tcheco Eslováquia*, de 1920, que desapareceu quando este Estado passou a integrar a União Soviética, mas representou importante inspiração para a criação de uma Justiça Especializada

¹ O Sistema Parlamentar ou Contencioso Político, segundo Gilmar Aprígio Lisboa (1999, p.75), “ é o mais antigo e mais utilizado, o Congresso ou Parlamento é o juiz das eleições. A fiscalização e o controle de todo o processo eleitoral são confiados ao próprio Parlamento, que transforma-se [sic] em tribunal de julgamento. Esse sistema é utilizado nos Estados Unidos da América do Norte, na França, no Japão e em diversos países.”

² No Sistema Judiciário ou Contencioso Jurisdicional, nas palavras de Gilmar Aprígio Lisboa (1999, p. 75), “cabe aos órgãos judiciários do país, o controle e fiscalização do processo eleitoral, normalmente através da criação de um órgão jurisdicional especializado.”

autônoma, sob a competência de um *Superior Tribunal Eleitoral* (RUSSOMANO, 1981, p. 135).

1.1.5 - Surgimento da Justiça Eleitoral no Brasil: o primeiro Código Eleitoral de 1932

Todas aquelas mudanças havidas no cenário internacional, em especial o exemplo da criação do Tribunal Eleitoral da Tcheco Eslováquia, serviram para influenciar a reforma do sistema então vigente em nosso País.

Nessa senda, com a revolução de 1930, o novo governo provisório designou várias subcomissões para o estudo da proposição de reforma das leis vigentes. A uma dessas subcomissões foi incumbida a tarefa de estudar e sugerir a reforma da legislação eleitoral. Daí resultou o Código editado pelo Decreto n. 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, nosso primeiro Código Eleitoral.

Trouxe ele as mais profundas alterações no sistema eleitoral brasileiro, quais sejam: (i) a representação proporcional, seguindo o esquema sugerido por Assis Brasil (PORTO, 1996, p. 79); (ii) o sufrágio feminino; (iii) a entrega de verificação e do reconhecimento dos poderes a uma Justiça Eleitoral; (iv) maior ênfase ao sigilo do voto e, finalmente; (v) a representação profissional.

Interessa sobretudo para a presente pesquisa a inovação referente à criação da Justiça Eleitoral brasileira. Assim, foi ela instituída pelo art. 5 do novel Código Eleitoral:

Art. 5 É instituída a Justiça Eleitoral, com funções contenciosas e administrativas.

Parágrafo único. São órgãos da Justiça Eleitoral:

- 1) um Tribunal Superior Eleitoral, na Capital da República;
- 2) um Tribunal Regional Eleitoral, na Capital de cada Estado, no Distrito Federal e a sede do Governo do Território do Acre;
- 3) Juízes eleitorais nas comarcas, distritos ou termos judiciais”.

Com efeito, houve um importante avanço na direção democrática, uma vez que a função de conduzir o processo eleitoral passava das mãos dos próprios políticos, ou seja, do velho sistema parlamentar ou político, para os magistrados, os

quais, protegidos pela garantia da imparcialidade, detêm muito mais legitimidade para tal mister.

Nesse ponto, vale registrar, pela importância histórica que representou a criação da Justiça Eleitoral para o aperfeiçoamento das instituições democráticas, o que a respeito escreveu Mário Guimarães (1958, pp. 420/421):

A justiça Eleitoral, entre nós, teve nascimento com o Código de 1932. Antes os juízes tomavam parte em vários atos eleitorais, sem que houvesse, porém, organização especial [...]
E foi então que se recorreu à magistratura para conseguir o que, na época, parecia sonho – a verdade das urnas. Criou-se a Justiça Eleitoral.

Feita a análise histórica das eleições no Brasil até a surgimento da Justiça Eleitoral por meio do primeiro Código Eleitoral de 1932, cumpre destacar o tratamento constitucional conferido a essa Justiça Especializada recém-inaugurada no ordenamento jurídico pátrio.

1.2 - A JUSTIÇA ELEITORAL NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Conforme se infere do levantamento histórico realizado no tópico precedente, a Justiça Eleitoral foi implantada por meio de uma norma infraconstitucional. Com efeito, neste tópico será abordado o tratamento dado à Justiça Eleitoral pelas Constituições que se seguiram a sua criação.

1.2.1 - A Constituição de 1934: a constitucionalização da Justiça Eleitoral

Embora as Constituições anteriores (1824 e 1891) contivessem regras sobre eleições, conforme demonstrou-se alhures, todo o processo era conduzido, até então, por órgãos estranhos ao Poder Judiciário.

A Carta Política de 16 de julho de 1934, conforme anotam Aliomar Baleeiro e Barbosa Sobrinho (2001, p. 45):

[...]incorporou ao seu texto todas as medidas, que corporificavam conquistas da Revolução de 1930, no domínio das idéias políticas ou, mais precisamente, na reação contra os males eleitorais, que vinham comprometendo a democracia brasileira. Definia o regime eleitoral como "sufrágio universal, igual e direto, e pelo sistema proporcional" mandava aplicar na eleição próxima a "legislação em vigor". No distribuir a

competência da Justiça Eleitoral, prevalecia o texto constitucional, exceto quanto aos juízes singulares e às juntas apuradoras, cujas atribuições dependiam da legislação ordinária. Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, Tribunais Regionais na capital dos Estados e juízes singulares, compunham a nova organização de caráter judiciário.

Com isso, teve o mérito de introduzir na órbita constitucional a Justiça Eleitoral. Acolheu, portanto, todas as inovações do Código Eleitoral de 1932: consideravam-se eleitores todos os brasileiros de um e outro sexo (art. 108); o alistamento e o voto eram obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando exercessem função pública remunerada.

A Justiça Eleitoral teve regulação detalhada na Carta de 1934, segundo anota Joel J. Cândido (2010, p. 26):

[...]a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63, d). Atribuiu jurisdição eleitoral plena aos juízes vitalícios, na forma da lei (art. 82, p 7). Estabeleceu a competência privativa da Justiça Eleitoral para o processo das eleições federais, estaduais e municipais, inclusive a dos representantes das profissões (art. 83, caput) competência essa que ia desde organizar a divisão eleitoral do país até o poder de decretar a perda do mandato legislativo, passando pela competência para processar e julgar os delitos eleitorais e os comuns que lhes fossem conexos. Dispôs, também, sobre o alistamento, direitos políticos e inelegibilidades (arts. 108 a 112), assim como sobre as eleições para Presidente da República (art. 52).

Competia, portanto, à Justiça Eleitoral, de acordo com os comandos constitucionais: a) organizar a divisão eleitoral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a qual só poderia alterar quinquenalmente, salvo em caso de modificação na divisão judiciária ou administrativa do Estado ou Território e em consequência desta; b) fazer o alistamento; c) adotar ou propôr providências para que as eleições se realizassem no tempo e na forma determinada em lei; d) fixar a data das eleições, quando não determinada na Constituição ou nas constituições dos Estados, de maneira que se efetuassem, em regra, nos três últimos ou nos três primeiros meses dos períodos governamentais; e) resolver sobre as arguições de inelegibilidade e incompatibilidade; f) conceder *habeas-corpus* e mandado de segurança em casos pertinentes à matéria eleitoral; g) proceder à apuração dos sufrágios e proclamar os eleitos; h) processar e julgar os delitos eleitorais e comuns que lhes fossem conexos; i) decretar a perda do mandato legislativo, nos casos estabelecidos na Constituição Federal e na dos Estados.

1.2.2 - A Constituição de 1937: a extinção da Justiça Eleitoral

Traço marcante da Constituição polaca³, codinome pelo qual ficou conhecida a Carta outorgada em 1937, foi a imposição de um regime ditatorial chamado de Estado Novo, que acabou por extinguir a Justiça Eleitoral como o órgão judiciário encarregado de conduzir o processo eleitoral, uma vez que as eleições passariam a se realizar de forma indireta para o cargo de Presidente da República:

Art 78 - Vagando por qualquer motivo a Presidência da República, o Conselho Federal elegerá dentre os seus membros, no mesmo dia ou no dia imediato, o Presidente provisório, que convocará para o quadragésimo dia, a contar da sua eleição, o Colégio Eleitoral do Presidente da República.

Art 83 - Noventa dias antes da expiração do período presidencial será constituído o Colégio Eleitoral do Presidente da República.

Art 84 - O Colégio Eleitoral reunir-se-á na Capital da República vinte dias antes da expiração do período presidencial e escolherá o seu candidato à Presidência da República. Se o Presidente da República não usar da prerrogativa de indicar candidato, será declarado eleito o escolhido pelo Colégio Eleitoral.

Parágrafo único - Se o Presidente da República indicar candidato, a eleição será direta e por sufrágio universal entre os dois candidatos. Neste caso, o Presidente da República terá prorrogado o seu período até a conclusão das operações eleitorais e posse do Presidente eleito.

Bem como para os membros do Parlamento Nacional⁴:

Art 46 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sufrágio indireto.

Art 47 - São eleitores os Vereadores às Câmaras Municipais e, em cada Município, dez cidadãos eleitos por sufrágio direto no mesmo ato da eleição da Câmara Municipal.

Parágrafo único - Cada Estado constituirá uma Circunscrição Eleitoral.

Art 50 - O Conselho Federal compõe-se de representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato é de seis anos.

Parágrafo único - Cada Estado, pela sua Assembléia Legislativa, elegerá um representante. O Governador do Estado terá o direito de vetar o nome escolhido pela Assembléia; em caso de veto, o nome vetado só se terá por escolhido definitivamente se confirmada a eleição por dois terços de votos da totalidade dos membros da Assembléia.

³ [...]conhecida como **Polaca** por dois motivos: por ter sido baseada na Constituição autoritária da Polônia e porque, na época, chegavam em grande número ao Brasil, fixando-se em São Paulo, buscando refugiar-se das más condições econômicas e perseguições, mulheres polonesas, muitas vezes de origem judaica, das quais algumas, para sobreviverem e sustentarem seus filhos, viram-se forçadas à prostituição, por causa dessas prostitutas polacas, para os paulistas, apelidar a constituição de 1937 de **Polaca** tinha uma conotação especialmente pejorativa[...] (WIKIPEDIA, 2012).

⁴ O Parlamento Nacional era composto pela Câmara dos Deputados e Pelo Conselho Federal, conforme dispunha o § 1º do Art. 38 da Constituição de 1937.

Felizmente, a Constituição polaca não perdurou por muito tempo, sucumbindo diante das correntes libertárias oriundas da Europa, mormente diante dos ares democráticos que exsurgiam após o final da II Guerra Mundial. Nesse ponto, faz-se necessário registrar os comentários de Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 73/74):

Com o final da II Guerra Mundial, em 1945, o clamor se dirigiu ao restabelecimento dos princípios democráticos, inclusive como reação ao nazi-fascismo responsável pela deflagração do confronto bélico. Paz e democracia eram as palavras de ordem, razão suficiente para fazer com que Getúlio Vargas enviasse ao Parlamento Nacional a Lei Constitucional n. 09, que dentre outras alterações ocasionadas à Constituição de 1937, encontra-se a relativa ao art. 77 [sic]⁵, consagrando a eleição direta para Presidente da República, e a Lei Constitucional n. 15, dispondo sobre a eleição da Assembleia Constituinte, que, a 18 de setembro, promulgou a Constituição de 1946.

A democracia no Brasil só seria restabelecida com a queda do regime imposto por Vargas, o que se materializou com a Carta de 1946.

1.2.3 - A Constituição de 1946: o fim do regime de exceção e o retorno da Justiça Eleitoral

O regime ditatorial implantado em 1937 era de uma opressão avassaladora, que, em certos momentos, atuou com pulso de ferro a fim de manter-se e subsistir no poder.

Aconteceu que a doutrina fascista, que o inspirava, havia se amortecido pelo desmonte primeiro do fascismo italiano e, depois, do nacional-socialismo germânico, abatidos que foram pela pujança das nações democráticas.

Caiu então a ditadura de Getúlio Vargas pelo mesmo processo e forma por que se instituiu – sem nenhuma gota de sangue. Na manhã de 29 de outubro de 1945 as forças federais aquarteladas no Rio de Janeiro levantaram-se, tomando posições de combate, e intimaram o presidente da República a abandonar o alto posto, recolhendo-se aos seus pagos fronteiriços.

⁵ O artigo da Constituição de 1937 que de fato tratava da eleição para presidente era o 78, vejamos: Art 78 - Vagando por qualquer motivo a Presidência da República, o Conselho Federal elegerá dentre os seus membros, no mesmo dia ou no dia imediato, o Presidente provisório, que convocará para o quadragésimo dia, a contar da sua eleição, o Colégio Eleitoral do Presidente da República.

Ele, sem a menor reação, rendeu-se. Assumiu a presidência da República o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro José Linhares – porquanto não existia a figura do Vice-presidente -, o qual permaneceu no comando da nação até a eleição do militar Eurico Gaspar Dutra.

Em 02 de fevereiro de 1946, instalou-se a Assembleia Constituinte, encontrando-se ali presente várias correntes de opinião da sociedade, como a direita, os conservadores, o centro-democrático, os progressistas, os socialistas e os comunistas.

Promulgou-se, enfim, em 18 de setembro, a Constituição de 1946, sendo considerada por juristas de renome como uma das melhores que o Brasil já teve, tanto do ponto de vista técnico como ideológico, porquanto imbuída do pensamento libertário na seara política sem, contudo, descuidar da abertura social, recuperando as conquistas sociais da Carta anterior (BASTOS, 1999, p. 126).

Com relação à Justiça Eleitoral, ficou sob sua competência o Capítulo IV, Seção V (arts. 109 a 121), assim como sobre o alistamento, inelegibilidades e direitos políticos (arts. 131 a 140). De modo semelhante ao que previa a Carta de 1937, atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre Direito Eleitoral (Art 5º, XV, a).

Na Constituição de 1946 encontra-se também o princípio da liberdade da criação de organizações partidárias, liberdade esta restrita àquelas hipóteses em que a organização adote programa ou ação não-contrários ao regime democrático, com supedâneo na pluralidade dos partidos e na garantia de direitos fundamentais do homem. Eram as únicas ressalvas que se faziam à liberdade de criação de partido político.

Em contraponto a esse princípio, argumentavam Aliomar Baleeiro e Barbosa Sobrinho (2001, p. 21) que:

O sistema de representação proporcional dá mais sensibilidade à representação popular, permitindo ter uma voz, pelo menos, qualquer grupo consistente da opinião pública. Mas favorece a multiplicação dos partidos, o que enfraquece tanto o Governo quanto as oposições”.

Ocorreu, porém, que o regime democrático não tardou no poder e a partir do golpe de 1964, a Constituição em tela sofreu múltiplas emendas e suspensão da

vigência de seus artigos. Isso se deu por força dos Atos Institucionais de 09 de abril de 1964 (AI 1) e de 27 de outubro de 1965 (AI 2).

Esses atos institucionais eram reflexo do governo militar então instaurado, que passou a efetuar prisões arbitrárias de todos os que seguiam o Presidente deposto ou que simplesmente protestavam contra o regime de autoritarismo inaugurado.

Nesta senda, os atos institucionais, embora mantivessem a Ordem Constitucional vigente, impuseram a cassação de mandatos de parlamentares e a suspensão de direitos políticos. Após os dois atos acima citados, vieram o AI 3 e o AI 4, sendo que este último veio regulamentar o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional para votar a nova Constituição pretendida pelo governo militar.

Assim, em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a nova Constituição, elaborada e votada sob pressão de um governo ilegítimo e por um Congresso Nacional que não representava os interesses da sociedade.

1.2.4 - A Constituição de 1967 e a Emenda n. 1 de 1969: o retrocesso ao regime de exceção

A Constituição de 1967 entrou em vigor quando assumia a presidência o Marechal Arthur Costa e Silva, sofrendo forte influência da Constituição de 1937, tendo em vista seu contorno autoritário. Preocupou-se, basicamente, com a segurança nacional ao incorporar as mudanças havidas na Constituição anterior por meio dos Atos Institucionais.

Ampliou, outrossim, os poderes do Presidente da República que passou então a ter a iniciativa de apresentação de projetos de Emendas à Constituição. Por outro lado, reduziu drasticamente os poderes e prerrogativas do Congresso Nacional, instituindo uma nova Lei de Imprensa e a Lei de Segurança Nacional.

Nesse período, a representação partidária reduziu-se a dois únicos partidos, o Movimento Democrático Brasileiro – MDB e a Aliança Renovadora Nacional – ARENA, sendo que aquele era de oposição ao governo e este representava a situação de apoio aos militares.

Cuidou ainda da competência e dos órgãos da Justiça Eleitoral no seu Capítulo VIII, Seção VI (art. 123 a 132), bem como dos Direitos Políticos (art. 142 a 148) e dos Partidos Políticos (art. 149).

Ocorreu, todavia, que as turbulências políticas aumentaram com a pressão exercida por setores da sociedade, capitaneadas pelos movimentos estudantis, que estavam insatisfeitos com o autoritarismo dos militares e, portanto, pugnavam pela retorno a um governo democrático.

Como resposta a essas pressões, seguiu-se a elaboração do AI 5, de 13 de dezembro de 1968, que rompeu com a Ordem Constitucional vigente e ao qual seguiram-se diversos atos complementares e decretos-leis, até que, em 30 de outubro de 1969, entrou em vigor a Emenda n. 1 à Constituição de 1967.

Vale registrar, por fim, a divergência no tocante ao ponto, ou seja, se se tratava de uma nova Ordem Constitucional ou se seria apenas uma Emenda. Com efeito, para uns autores, a exemplo de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 139), tratava-se de mera emenda, ao argumento de que era um período em que prevaleciam os rótulos e as formas em detrimento da substância. Enquanto que para outra corrente, representada por José Afonso da Silva (2009, p.87):

Teórica e tecnicamente não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. [...] por certo não tem natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente o sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.

Essas as considerações necessárias acerca do tratamento constitucional conferido à Justiça Eleitoral. Passo seguinte será a análise dos seus órgãos, bem como da competência destes.

1.3 - ÓRGÃOS DA JUSTIÇA ELEITORAL

Pelo exposto nos tópicos anteriores, constata-se que a Justiça Eleitoral está vocacionada a salvaguardar os direitos fundamentais de votar e de ser votado, assegurando o pleno exercício da cidadania, nas suas mais diversas manifestações.

Feliz a assertiva de Marcos Ramayana (2010, p. 113), ao sintetizar que:

Cumprir, portanto, à Justiça Eleitoral a nobre missão de resguardar a democracia e o Estado Democrático, nos moldes do disposto no art. 1 e

incisos da Constituição Federal, efetivando, praticamente, a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político como princípios fundamentais trilhados pelo legislador-constituente.

Para uma melhor abordagem da temática, analisar-se-á doravante cada um dos órgãos da Justiça Eleitoral de acordo com o Código Eleitoral e a Constituição vigentes. Outrossim, o Tribunal Superior Eleitoral será retomado no último capítulo, para que sejam delineados os aspectos do seu poder regulamentar, tema objeto da presente pesquisa.

1.3.1 - Tribunal Superior Eleitoral

O TSE representa a instância máxima da Justiça Eleitoral brasileira, tem jurisdição em todo território nacional e compõe-se de, no mínimo, sete ministros, todos com mandatos de dois anos, com possibilidade de recondução por mais um biênio. Três dos seus membros são escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, dentre os quais um será eleito, no TSE, como seu Presidente e outro seu Vice-Presidente. Outros dois membros são escolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais um será eleito como Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral. E, por fim, tem sua composição de dois juristas indicados, em lista tríplice para cada vaga, pelo Supremo Tribunal Federal e nomeados pelo Presidente da República.

Pretende-se que o advogado, participando de órgãos judicante, ofereça a sua experiência profissional na solução dos litígios, revestida de caráter mais dinâmico, pelo poder de iniciativa garantido a seu mister.

É de se observar, portanto, que na Justiça Eleitoral vigora o princípio da diversidade na composição dos seus órgãos colegiados.

Há que se ater, por derradeiro, para algumas importantes observações: i) os dois anos do mandato contam da data de posse; ii) a antiguidade no Tribunal segue a data da posse, a nomeação ou eleição e idade; iii) o Tribunal funciona em sessão pública, com a presença mínima de quatro de seus membros; iv) não podem fazer parte do Tribunal pessoas que tenham entre si parentesco, ainda que, por afinidade, até o quarto grau; v) os juízes efetivos tomarão posse perante o Tribunal e os substitutos, perante o presidente; vii) o Tribunal Superior Eleitoral faz a

apuração geral das eleições para presidente e vice-presidente da República, pelos resultados de cada circunscrição eleitoral, verificados pelos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais

1.3.2 - Tribunais Regionais Eleitorais

Os Tribunais Regionais representam a segunda instância da Justiça Eleitoral brasileira. Possuem jurisdição sobre o território do respectivo Estado-membro ou Distrito Federal. Entretanto, alguns aspectos não de ser pontuados.

Em primeiro lugar, sua composição, diferentemente do ocorre com o Tribunal Superior, é a seguinte: a) dois desembargadores do Tribunal de Justiça, os quais serão eleitos, no TRE, Presidente e Vice-Presidente; b) dois juízes de direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça (a escolha é feita conforme o respectivo regimento interno do TRE e a Resolução TSE n. 20.958/01); c) um juiz federal escolhido pelo Tribunal Regional Federal (a escolha segue o regimento interno do Tribunal Regional Federal a que pertencer o juiz federal e a Resolução TSE n. 20.958/01); d) dois advogados escolhidos, cada um, após indicação em lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça, que é encaminhada ao Tribunal Superior Eleitoral que, por sua vez, submete ao Presidente da República para nomeação de um dentre os três nomes disponíveis na lista.

Quanto à competência dos TREs, impende ressaltar que são eles responsáveis pelo registro de candidaturas dos postulantes nas eleições estaduais (para deputado e governador) e federais (para deputado e senador), pela apuração dessas eleições e, também, pela diplomação dos eleitos para cada um desses cargos.

1.3.3 - Juízes Eleitorais

Os Juízes Eleitorais são Juízes de Direito investidos temporariamente na função eleitoral e sua jurisdição abrange a circunscrição da respectiva Zona Eleitoral, que é divisão territorial dentro dos Estados para fins de alistamento eleitoral. A escolha dos Juízes Eleitorais é feita de acordo com o estabelecido no Código de Organização Judiciária do Estado respectivo.

Dentre as principais competências dos Juízes eleitorais pode-se destacar:

- i) processar e julgar os crimes eleitorais, ressalvada a competência originária dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior;
- ii) decidir o habeas corpus e o mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não seja exclusiva de instância superior;
- iii) dirigir os processos eleitorais, determinar a inscrição ou a exclusão de eleitores, expedir os títulos eleitorais e conceder transferência de domicílio de eleitor;
- iv) dividir a Zona Eleitoral em seções;
- v) ordenar o registro e a cassação de registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao Tribunal Regional;
- vi) designar, até sessenta dias antes da eleição, os membros da mesa receptora de votos.

As decisões dos Juízes Eleitorais são de primeiro grau de jurisdição, cabendo, portanto, recurso para o Tribunal Regional Eleitoral.

1.3.4 - Juntas Eleitorais

As Juntas Eleitorais têm designação para funcionar especificamente no período de sessenta dias antes da eleição até o resultado final da apuração das eleições, que deverá ocorrer em no máximo dez dias após a eleição. É composta por um Juiz Eleitoral, que a presidirá, e por dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade, o quais serão nomeados sessenta dias antes da data das eleições.

Compete, precipuamente, à Junta Eleitoral apurar as eleições realizadas nas Zonas Eleitorais sob sua jurisdição, resolver as impugnações e incidentes verificados durante os trabalhos de contagem e apuração dos votos, expedir o diploma aos eleitos para cargos municipais.

CAPÍTULO 2 – DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

Uma vez tratado os aspectos históricos, ideológicos e organizacionais acerca da Justiça Eleitoral, cumpre, para a melhor estruturação lógica da presente pesquisa, traçar os contornos da competência regulamentar dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 – ASPECTOS GERAIS

A competência regulamentar é matéria do Direito Público, e especificamente estudada na seara do Direito Administrativo. Mediante uma análise sistemática da Constituição Federal e da doutrina especializada, serão abordados os aspectos gerais acerca dessa competência para, ao depois, já no último capítulo, adentrar no problema propriamente dito.

2.1.1 - Separação de poderes e o regulamento

Para conceituar o regulamento será necessária uma breve incursão pelas funções estatais desde o seu nascedouro. Assim, impende registrar que os primeiros passos para a concepção da teoria da tripartição dos poderes estatais foram dados por Aristóteles, para quem as três espécies de atividades exercitáveis pelo Estado eram a *deliberação*, o *mando* e a *justiça* (ARISTÓTELES, 1998, p. 50).

Ainda que tenha o filósofo grego isolado, àquela época, essas três atividades estatais, o que se viu foi que durante muito tempo da história manteve-se a tradicional moldura do poder, ou seja, concentrado nas mãos de um único soberano.

A partir da era Moderna, Santo Tomas de Aquino e John Locke passaram a se debruçar sobre o tema, desenvolvendo ideias que seriam o embrião da Teoria. Coube a Montesquieu, após um milênio desde a idealização aristotélica, na metade do Século XVIII, a delineação final da assaz difundida “Teoria da Separação dos Poderes”.

Partindo da premissa de que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar, e objetivando criar um mecanismo em que o “poder” controlasse o “poder”, Montesquieu (1956) propôs em sua tese que as três funções estatais fossem exercitadas por órgãos diferentes, com cada um realizando uma única função que lhe seria preponderante.

Ou seja, aquele que produzisse leis não poderia executá-las tampouco julgá-las; aquele que as executasse não poderia produzi-las tampouco julgar a sua aplicação ao caso concreto; por fim, àquele a quem competisse julgar a aplicação das leis não caberia produzi-las nem executá-las. Exsurgem, portanto, as três funções estatais: Legislar, Executar e Julgar.

Embora haja raras discrepâncias sobre o tema - a exemplo de Kelsen (1958), para quem as funções estatais na verdade são somente duas: a de *criar* o Direito, legislação, e a de *executar* o Direito, que pode tanto ser feito pela Administração como pela Jurisdição - esse é o modelo que prevalece hodiernamente na doutrina ocidental.

Vale registrar, como explica Bandeira de Mello (2009, p. 32), que o Poder é uno, e emana do povo (art. 1º, parágrafo único da CF), porém, no desempenho do poder, o Estado possui três funções, a saber, função legislativa, função executiva e função judicial.

As funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais, portanto, estão distribuídas em três blocos orgânicos denominados “Poderes” e em regra estão explícitos nas constituições ocidentais modernas, incluindo a nossa. Essas unidades orgânicas, segundo Bandeira de Mello (2009, p. 30/31):

[...]absorveriam, senão exclusivamente, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente construção *política* invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima *consagração jurídica*. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia da tripartição.

É preciso compreender que a separação de poderes não se há de modo absolutamente rígido, ou seja, não cabe de modo exclusivo a cada órgão a função estatal que lhe compete o nome. Há, dessa maneira, uma solução de mesclagem a fim de compor o mecanismo de “freios e contrapesos”, ou seja, atribui-se a um dos poderes, ainda que restritivamente, funções que em princípio corresponderia a outro. O resultado, portanto, é um equilíbrio melhor articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder.

É possível constatar que a doutrina tem se utilizado de vários critérios para identificar as atividades estatais preponderantes.

Sobre tais critérios, impossível olvidar a sistematização proposta por Bandeira de Mello (2009, p. 32). Segundo seu raciocínio, os critérios de identificação podem ser classificados por meio de duas perspectivas: uma *subjetiva* e a outra *objetiva*.

Através do primeiro critério, também chamado de *orgânico*, há predisposição de se focar uma atividade pela análise do respectivo sujeito, ou seja, o órgão emanador do ato; já pelo segundo critério (objetivo), busca-se uma definição mediante o enfoque de um objeto, isto é, uma determinada atividade. Contudo, esse último critério se biparte em material e formal.

Material, porque enfoca o objeto (uma dada atividade, no caso) mediante o exame de seu conteúdo, de suas características intrínsecas; e, como acentua o eminente jurista, por isso mesmo, dito critério se apresenta como metajurídico, uma vez que busca o significado da atividade de forma apartada do que dispõe o sistema jurídico.

Formal, por seu turno, porque enfoca uma atividade mediante a investigação do regime jurídico dos atos que a compõem.

Por outro lado, Renato Alessi (1970, t.1: p. 7-8), de forma mais percuciente, definiu tais atividades, captando com maestria seus respectivos regimes jurídicos.

Leciona o autor italiano que a *legislação* consiste na emanação de atos de produção *primária*, que decorrem diretamente do exercício de soberania do Estado. A lei, portanto, não só inova a ordem jurídica primariamente, mas o faz *originariamente*, além do que regula as relações, permanecendo *acima* e a *margem* delas.

A *jurisdição*, à sua vez, “é a emanção de atos de produção jurídica *subsidiários* dos atos primários (permanecendo, em todo caso, o órgão estatal *acima* e à *margem* das relações as quais os próprios atos se referem) com o fim de obter a concreção e a atuação coativa dos sobreditos atos primários”.

A *administração*, por fim, abarca a:

“emanção de atos de produção jurídica complementares (ou quando menos de atividade auxiliar deste), na aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legislativa: atos de produção jurídica estatal como parte das relações às quais os atos se referem”

Delineadas as definições propostas por Alessi, que, mesmo se referindo a sistema jurídico outro que não o brasileiro, se prestam inegavelmente aos fins objetivados na presente pesquisa, para logo se poder concluir que o regulamento não se compatibiliza tanto com a atividade jurisdicional, como com a legislativa.

O regulamento a princípio não se insere na atividade jurisdicional, já que não se qualifica como apto a, subsidiariamente à lei, obter a concreção e a atuação coativa dessa, apresentando-se o seu órgão produtor acima e à margem das relações a que ele se refere; mais ainda: resente-se também da principal característica da jurisdição, a imutabilidade do ato jurisdicional.

Em relação à função legislativa, diferente não será, já que o regulamento, em nosso sistema jurídico positivo, como adiante se verá detidamente em tópico específico, não tem o condão de inovar primária e originariamente a ordem jurídica; ele decorre, portanto, de lei, ficando a essa espécie normativa integralmente submetido, tendo em vista que ela é fornecedora de seu fundamento de validade, sob a perspectiva kelseniana.

Nada obstante, é de se relevar o fato de haver confusão quanto a esses dois tipos de atos normativos, porquanto, sob uma ótica material, como a lei, o regulamento também enuncia normas gerais e abstratas, como se verá ao depois, de sorte a se assemelharem em si quanto à substância.

Isto posto, tem-se inferido que no tocante à posição do regulamento dentre as atividades estatais no plano da Ciência do Direito, guarda inteira consonância com o preceituado pelo nosso sistema positivo, uma vez que a

competência regulamentar encontra-se, como demonstrado, perfilhada entre as atribuições maiores cometidas ao Presidente da República, como chefe do Poder Executivo.

2.1.2 – Lei e regulamento: distinções

Não é só o fato de uma emanar do poder Legislativo e o outro provir do Executivo que a lei se distingue do regulamento no Direito brasileiro. Da mesma forma, a posição de supremacia da lei perante o regulamento, conforme foi dito acima, também não é o fator determinante para discriminá-los.

Essas características, conforme anota Bandeira de Mello (2009, p. 340), “faz[em] com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma[m] seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta[m] para esgotar a dissepção entre ambos”.

E continua o autor:

Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello – só a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (...). É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior.

Da mesma forma, Miguel Seabra Fagundes (1979, p. 24), ao comentar as virtudes do regulamento, assinala:

É certo que, como a lei, reveste o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória. Mas não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente. Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas apenas, pormenorizar as condições de modificação originária de outro ato (lei). Se o fizer, exorbitará, significando invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso”

Ainda, convém trazer a baila a lição de Miguel Reale (1980, p.12-14), segundo o qual os atos normativos se dividem em *originários* e *derivados*. “Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência

própria, outorgada imediata e diretamente da Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo”, que podemos chamar de leis propriamente ditas. Enquanto que os atos normativos derivados buscam a “explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da *práxis*”.

A locução do art. 84, IV, da Constituição, por sua vez, caminha no mesmo sentido consagrando o império da lei, ao determinar que servem os regulamentos para “fiel execução de leis”. O art. 37 da CF, de igual modo, ressalta que a Administração pública deve obedecer ao princípio da legalidade.

Do cotejo destes artigos constitucionais fica pontuada a absoluta submissão, e inclusive dependência, desses atos normativos à lei. Por conta disso, ressalta Hely Lopes Meirelles (2008, p. 131) que: “Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior a lei, não pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar, a lei, dentro dos limites por ela traçados”.

Esta é a essência, inclusive, do princípio da tipicidade dos atos administrativos, pelo qual todo ato administrativo (aí incluído o ato normativo ou regulamentar) deve estar previsto em um tipo legal, por obediência ao princípio da legalidade. O administrador, portanto, tem atuação limitada, encontrando seus limites na lei. Enquanto para o particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, para aquele só é lícito fazer o que a lei prescreve ou determina (DI PIETRO, 2008, p. - 190).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 345) resume bem a questão:

Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que entre nós, por força dos arts. 5, II; 84, IV e 37 da Constituição, *só por leis se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos*”. (grifos no original)

2.1.3 – Definição e objeto da competência regulamentar

Como consequência do que foi exposto acima, bem como ancorado nos princípios que estão dispostos pela nossa Lei Maior, conceituar-se-á o regulamento. Na definição dada por Bandeira de Mello (2009, p. 339), o regulamento é “ato geral e (de regra) abstrato, de competência do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.

Segundo a definição de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 129):

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores, e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado.

Já para José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 49):

Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando.

Ainda, na clássica definição de Geraldo Ataliba (1969, p. 23):

Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República – ou Chefe do Executivo, em geral, Governador e Prefeito - a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la.

Nesse sentido, o regulamento é em regra abstrato e geral, devendo intermediar - desde que tenha cabimento - o comando da lei e os atos de aplicação dessa mesma lei. Com isso, o regulamento passa a compor um dos degraus da escala decrescente de concreção do direito.

É de suma importância que o estudo da competência regulamentar tome por base unicamente a realidade jurídica brasileira, pois como bem advertia Geraldo Ataliba (1969, p. 22):

É que o conteúdo, a forma e regime do poder regulamentar, nos países cuja cultura jurídica mais contribuíram para a nossa formação científica e política, são bem diversos do nosso.

O estudioso desavisado pode facilmente incorrer em graves erros, se não se adverte para as distinções entre o nosso regime constitucional tradicional e o desenvolvido alhures.

Bandeira de Mello (2009, p. 336) faz duas importantes observações acerca das características do regulamento brasileiro:

a) uma, a de que é absolutamente ingênuo e impróprio caracterizar o regulamento, em nosso Direito, buscando assimilações com o Direito alienígena ou pretendendo irrogar-lhes potencialidades normativas que lhe são conferidas em sistemas alheios, como se houvesse uma aceção universalmente válida para os atos dessa natureza denominados.

b) outra, a de que nosso interesse primordial é - e tem que ser - a identificação deste instituto tal como configura o Direito Constitucional brasileiro, enquanto ato de alçada do(s) Chefe(s) do(s) Poder(es) Executivo(s).

O conteúdo do regulamento, expedido pelo Chefe do Poder Executivo no exercício da sua competência regulamentar, pois, é veiculado sob a forma de decreto, instrumento jurídico que necessariamente deve veicular essas normas, porque assim determinado na Constituição, pelo disposto no art. 84, IV e VI da CF.

Recebe, o Chefe do Poder Executivo, da Constituição, portanto, diversas competências, quais sejam: administrativas; de governo; de chefia; de tutela de interesses; de colaboração com o Legislativo; majestáticas, de zelo pela ordem e segurança do País; de condução da política exterior. Dentre tais funções, a

administrativa corresponde ao comando, liderança e chefia do aparelho administrativo do Estado.

O regulamento é cabível, no entendimento de Bandeira de Mello (2009, p. 357-359), quando a lei impõe que para ser executada se instaure relações entre a Administração e os administrados, em que a disciplina dessas relações comporta uma margem de discricionariedade administrativa. O que ocorre, segundo ele, em dois casos:

a) *Um deles*, tem lugar sempre que necessário um regramento procedimental para regência de condutas que órgãos e agentes administrativos deverão observar e fazer observar, para cumprimento da lei, na efetivação da sobredita relação[...]

Assim, ao prefixar o modo pelo qual se processarão tais relações, o regulamento coarta esta discricionariedade, pois limita a conduta que órgãos e agentes terão de observar e fazer observar. Destarte, assegura-se uma uniformidade de procedimento, pelo qual se garante obediência ao cânone fundamental da igualdade, que sofreria transgressões se inexistisse a medida regulamentar.

b) *Uma segunda hipótese* ocorre quando a dicção legal [...] comporta, por ocasião da passagem deste plano para o plano concreto e específico dos múltiplos atos individuais a serem praticados para aplicar a lei, interpretações mais ou menos latas, mais ou menos compreensivas. Por força disto, *ante a mesma regra legal e perante situações idênticas*, órgãos e agentes poderiam adotar medidas diversas, isto é, não coincidentes entre si.

Todo regulamento no Brasil é de ser expedido, portanto, para satisfazer disposições legais que só podem aludir a conceitos precisáveis mediante apurações técnicas, as quais sofrem as mudanças advindas da evolução científica e tecnológica, bem como das condições objetivas existentes em determinado tempo e espaço, cuja realidade impões, nas palavras do autor “níveis diversos no grau das exigências administrativas adequadas para cumprir o escopo da lei sem sacrificar outros interesses também por ela confrontados”.

Com isso, o regulamento passa a cumprir a importante missão de, por um lado oferecer segurança jurídica aos administrados sobre o que deve ser proibido ou exigido pela lei e, de outro lado, garantir a aplicação isonômica da lei.

2.1.4 - Fundamentos constitucionais e natureza jurídica da competência regulamentar

A compreensão exata dos fundamentos e da natureza jurídica do regulamento, no direito brasileiro, é alcançada por meio do estudo dos princípios constitucionais que informam a função executiva, da qual o regulamento é a expressão notável.

Conforme se infere das definições transcritas no item anterior, percebe-se que este é um poder outorgado pela Constituição à Administração. Assim, é no texto constitucional que se encontra o fundamento desta prerrogativa. Sobre o tema, transcreve-se a lição de Canotilho (1986, p. 672):

A justificação do poder regulamentar a ter em conta é a justificação ou fundamento jurídico do poder regulamentar e não a justificação política, material ou prática da atribuição de poderes à administração.

Quanto ao problema do fundamento jurídico do poder regulamentar, foram abandonadas as primitivas justificações (poder próprio e inerente a qualquer administração, expressão de poder discricionário de administração), considerando-se que o poder regulamentar encontra seu fundamento na própria Constituição”.

Já foi dito alhures que o fundamento constitucional da competência regulamentar encontra-se no art. 84, IV, da Constituição Federal. Segundo esse dispositivo, dentre as diversas competências privativas conferidas ao Presidente da República está a de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Todavia, cumpre ainda maiores reflexões no sentido de justificar o porquê de se atribuir essa competência ao Chefe do Poder Executivo.

Na análise de Bandeira de Mello (2009, p. 347), a Constituição prevê o regulamento executivo porquanto algumas leis “pressupõe[m] uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta”.

É que a generalidade da lei e seu caráter abstrato acarretam o alargamento das particularizações gradativas quando não tem em mira a especificidade de situações insuscetíveis de redução a um padrão qualquer.

Daí a necessidade tanto de disposições procedimentais quanto de regras que assegurem ao particular tratamento isonômico, sem as quais a margem de discricção administrativa, que irrompe em vista da ausência de minudências da lei, ensejaria tratamento desuniforme, em discrepância com a ordem administrativa e também com a igualdade. É em nome do princípio da igualdade que se reclama um tratamento uniforme dos indivíduos quando na sua relação com a Administração (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 348).

Compreende-se que o Chefe do Executivo seja o titular da competência regulamentar, na medida em que ele ocupa a posição de superior máximo dentro da hierarquia da Administração Pública. Dessa forma, cumprindo seu poder hierárquico, “restringe os comportamentos possíveis de seus subordinados e especifica, para os agentes da Administração, a maneira de proceder”.

Merece destaque a seguinte observação a respeito da titularidade da competência regulamentar, a saber: se a lei criar entidades autônomas sem submetê-las à tutela do Chefe do Executivo, este não terá responsabilidade pelo cumprimento das leis cuja execução venha a incumbir a essas entidades; nem, por isso mesmo, poderá disciplinar a forma pela qual cumprirão as leis ou o modo pelo qual operarão.

É o caso, por exemplo, das autarquias federais responsáveis pela fiscalização dos profissionais liberais (médicos, advogados, engenheiros) que na qualidade de entidade disciplinar da função pública exercida por esses profissionais não se sujeitam a nenhum tipo de controle ou tutela.

Embora a legislação que rege essas entidades seja de cunho administrativo, a responsabilidade pela eventual inobservância dessa lei, por seus destinatários, não será imputável, nem por omissão, ao Presidente da República.

No tocante à natureza jurídica da competência regulamentar, é preciso ter em mente a exata noção de função administrativa. Segundo Bandeira de Mello (2009, p. 349):

[...]a ideia de função, no Estado de Direito, traz consigo a de um “dever” de atuar em favor de finalidade instituída para satisfação de interesse alheio (o

interesse da coletividade, não o do agente e nem mesmo do aparelho estatal). Assim, toda competência administrativa é protetora do interesse público, isto é, da coletividade. Tal desempenho implica o exercício de um poder, o qual, bem se vê, é meramente ancilar, instrumental, deferido como requisito insuprimível para que seu titular possa desincumbir-se do dever posto a seu cargo e delimitado, caso a caso, por esta mesma razão que o conforma.

A partir dessa premissa básica, compreende-se que o poder de que dispõe o Executivo de regulamentar as leis é meramente um instrumento, porquanto é seu dever promover a execução dessas mesmas leis.

Tanto é assim que a Constituição põe à disposição de todos os mecanismos para combater o descumprimento do dever jurídico de regulamentar, em vista de alguma omissão, vejamos:

Art. 5, LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Existe também a previsão da ação de inconstitucionalidade por omissão:

Art. 103, § 2º: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

E ainda tipifica, no Art. 85, VI, como crime de responsabilidade do Presidente da República a conduta que atente “contra o cumprimento das leis e das decisões judiciais”. Ora, frustrar a execução de uma lei não é outra coisa senão descumpri-las por omissão (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 250)

Em face do que foi exposto, conclui-se que a natureza jurídica da competência regulamentar é de um dever jurídico assumido por aquele que venha a assumir as funções de Chefe do Executivo.

2.2 – MODALIDADES DE REGULAMENTO

Pelas características expostas nos tópicos anteriores, já se pode concluir que a Constituição somente alberga em nosso ordenamento uma modalidade de regulamento, a saber, o regulamento executivo ou subordinado. Não obstante, cabe expor as modalidades de regulamento mais comuns no Direito estrangeiro.

2.2.1 – Regulamento delegado ou autorizado

Sabe-se, por exemplo, que na Itália o regulamento autorizado ou delegado é admitido, com fundamento fornecido pelo artigo 77 da Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que assim dispõe: *“Il Governo può, senza delazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria”*.

Algumas vozes da doutrina nacional há que sustente ser plausível a sua aplicação em nosso Direito. Nesse sentido, Sérgio Ferraz (1977, p. 122) sustenta como exemplo de regulamento delegado a “normatividade que Supremo Tribunal Federal dite, quanto ao processo de julgamento dos feitos que lhe sejam encaminhados”.

Esse posicionamento se deve, supõe-se, pelas excelentes lições proferidas pela doutrina estrangeira, mas sem a devida cautela de que tais lições são apoiadas em modelos constitucionais que dão acolhida a essa modalidade regulamentar, como no caso da Itália.

Porém, incontroverso é que essas lições, apesar do seu inegável valor, não podem servir de fundamento para se sustentar esse tipo de regulamento em nosso Direito.

É assente, portanto, não ser aplicável ao nosso ordenamento jurídico-administrativo o regulamento delegado ou autorizado, porquanto inexistente permissivo em nossa Carta Constitucional.

2.2.2 – Regulamento autônomo ou independente

O regulamento autônomo ou independente, tal qual o regulamento delegado, desperta discussões na doutrina. Com efeito, entende-se que tais

regulamentos são aqueles expedidos pelo Executivo em decorrência de competência que lhe é atribuída constitucionalmente, para o fim de disciplinar primariamente matérias estabelecidas no próprio texto constitucional.

Analisando a origem desse instituto, constata-se que após o enfraquecimento das monarquias absolutistas da Europa, o poder legislativo – sobretudo o de editar leis sobre liberdade e propriedade - foi retirado das mãos do monarca e transferido aos Parlamentos. Porém, os assuntos relacionados à regência do aparelho da administração não eram considerados “matérias de lei”. Por isso havia os regulamentos autônomos ou independentes de lei, como expressão de poderes naturais do Executivo e que mais tarde passou a constar expressamente nas constituições europeias.

Assim é que, como exemplo, na França, país em que o regulamento autônomo alcança sua maior amplitude, o artigo 34 da Constituição de 1958 estabelece as questões que são “matérias de lei” e, mais adiante, no artigo 37 estabelece como “matéria de regulamento” tudo o que não constar como matéria de lei. É, pois, o que a doutrina chama, respectivamente, de regulamentos jurídicos ou normativos e regulamentos administrativos ou de organização. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 337).

Para O. A. Bandeira de Mello (1987, p. 49), tem-se que os versados regulamentos “são verdadeiras leis, e assim chamados tão somente porque emanados do poder Executivo, pois não constituem desenvolvimento de qualquer lei ordinária, mas correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar a ele reconhecida com base no Direito Constitucional”.

Não obstante o conceito bastante amplo em que se concebe o regulamento autônomo no direito europeu, uma pequena parte da doutrina administrativista sustenta a existência dele no nosso ordenamento.

Colhe-se, como expoente dessa corrente, as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 91/92):

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional n. 32/01.

[...] Com a Emenda Constitucional n. 32/01, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para “dispor, mediante decreto, sobre: (a) organização e funcionamento da administração federal,

quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...] A competência, quanto à alínea a, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional n. 32.

[...]Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para hipótese específica inserida na alínea a.

Na mesma senda, Helly Lopes Meirelles (2008, p. 182/183) entendia ser possível a expedição de “decretos autônomos” sobre matérias ocorrentes na prática administrativa que ainda não hajam sido disciplinadas por lei. Cita referido autor, como exemplo, da mesma forma que Di Pietro, o disposto no art. 84, VI, bem como a Resolução do CNJ n. 07/2005 sobre nepotismo, em que o STF, na ADC 12, entendeu que se tratava de um ato normativo autônomo, fundado apenas nos princípios da Carta Magna, vejamos trecho da Ementa:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. [...] 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme a Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça.

Apesar de toda fundamentação dos ilustres administrativistas, maior razão assiste a Bandeira de Mello (2009, p. 338) e a Geraldo Ataliba (1969, p. 32),

que rechaçam a existência do regulamento autônomo no Direito brasileiro, porquanto o regulamento previsto no artigo 84, VI, confere poderes muitos circunscritos ao Presidente da República, que, nas palavras do primeiro autor, são de “mero arranjo intestino dos órgãos e competências *já criadas por lei*” (grifo no original), bem diferente, como demonstrado acima, do regulamento autônomo do Direito Europeu.

2.2.3 – Modalidade de regulamento aceita em nosso ordenamento

É possível concluir que o sistema constitucional brasileiro - por meio da combinação dos dispositivos inseridos no artigo 84, IV (previsão da competência regulamentar), com o artigo 1, *caput* (previsão de um Estado Democrático de Direito), artigo 2 (princípio da tripartição do exercício das funções estatais e, por via oblíqua, da indelegabilidade dessas funções), artigos 5, inciso II e 37, *caput* (princípio da legalidade) e artigo 48 (princípio do monopólio da atividade legislativa) - somente acolhe o regulamento subordinado ou de execução.

Em resumo, restou claro que só ao regulamento de execução o legislador constituinte deu acolhida em nosso sistema constitucional. Nenhuma outra modalidade regulamentar, verificada no Direito estrangeiro, tem suporte lógico ou jurídico para coexistir com aquela prevista no nosso ordenamento.

2.3 – LIMITES DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

2.3.1 – Princípios constitucionais aplicáveis

Apesar de a parte final do mencionado artigo 84, IV da Constituição já delimitar muito bem a atividade regulamentar em nosso ordenamento jurídico, de forma a inclusive rechaçar o cabimento de outra espécie de regulamento que não os subordinados ou de execução, conforme visto no tópico anterior, cumpre destacar alguns preceitos constitucionais que servem de baliza para a competência regulamentar. Pois, como bem ressaltou Geraldo Ataliba (1969, p. 23):

Expedir decretos e regulamentos [...] é, mais do que *múnus*, prerrogativa do Chefe do Executivo. [...] Não quer, entretanto, isto dizer que tal poder seja ilimitado, ou que possa ser exercido de qualquer forma e a qualquer propósito. O uso deste poder solene e eminente é, pelo contrário, vinculado. Depende quantitativa e qualitativamente das condições impostas pelo sistema [...].

2.3.2 – Princípio da legalidade

Como corolário da adoção de um Estado Democrático de Direito, a Constituição prevê em seu artigo 5, inciso II, o princípio da legalidade, em que: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É necessário ter em mente que se está a falar aqui de lei em sentido estrito, ou seja, espécie normativa emanada de órgão legislativo e submetida ao processo legislativo previsto na Constituição, apta a inovar na ordem jurídica de forma primária e original, criando direito e impondo obrigações.

Note-se que o próprio artigo 37 da Lei Maior realça essa sujeição da Administração ao princípio da legalidade, ao estabelecer que:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Com isso, toda atividade estatal deve ser norteada por tal princípio, a fim de se assegurar a liberdade e a propriedade dos cidadãos. Nesse sentido é a afirmação dada por Bandeira de Mello (2009, p. 345):

Por tal razão, a regra do art. 5, II, bem como o disposto nos arts. 37 e 84, IV da Carta Magna do País possuem relevo transcendente, pois assumem função chave no sistema jurídico. Corresponde a verdadeira pedra angular de nosso Direito Público, na medida em que respondem pelo critério de preservação de um ponto nodular da ordem jurídica brasileira. Deles depende a manutenção, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado.

2.3.3 – Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade não está expressamente previsto na Carta Política, mas pode ser subtendido com a leitura de alguns dispositivos dela. Segundo a lição de Luís Roberto Barroso (1998, p. 69):

[...]o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva[...], o princípio da razoabilidade integra o Direito Constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento.

Já para Caio Tácito (1996, p. 232), o princípio da razoabilidade “filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana o princípio da legalidade”. E mais adiante conclui que “a noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico”.

Comentando acerca desse princípio, Bandeira de Mello (2009, p. 108) traz uma importante contribuição:

Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis - , as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Assim, qualquer ato regulamentar que atente contra o princípio da razoabilidade, ainda que formalmente válido, poderá ser confrontado pela via judicial.

CAPÍTULO 3 - DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR EXERCIDA PELO TSE

3.1 – ASPECTOS GERAIS

Após analisar-se os aspectos da competência regulamentar do chefe do executivo, busca-se, nesse tópico, traçar um paralelo para se saber se é possível identificar como sendo também uma espécie de competência regulamentar a tarefa despendida pelo TSE ao editar normas em forma de resoluções.

3.1.1 – Origem e histórico

A partir do que se observou no Capítulo primeiro desta monografia, a origem do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral está diretamente ligada a sua própria criação, isto é, o que era competência de órgãos políticos, passou, desde o surgimento da Justiça Eleitoral, com o primeiro Código Eleitoral, editado pelo Decreto n. 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, a integrar as atribuições do Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, conforme estabelecido no artigo 5 do referido Código, adquiriu essa justiça especializada, além da atribuição contenciosa inerentes a todo órgão judicante, a competência específica prevista no artigo 14, consistente em “fixar normas uniformes para aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entender necessárias”.

O Código de 1932 foi alterado pela Lei n. 48 de 4 de maio de 1935, que editou o segundo Código Eleitoral brasileiro. Nele, a competência regulamentar do TSE era prevista no seu artigo 13 como a faculdade de “expedir instruções necessárias à aplicação das leis eleitorais e realização de eleições”.

Mais de uma década depois, a Lei n. 1.164 de 24 de julho de 1950, revogando a Lei n. 48/35, instituiu o terceiro Código Eleitoral, que, da mesma forma que os Códigos precedentes, estabeleceu a competência regulamentar do TSE no artigo 12, a saber: “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”.

Em resposta à Consulta n. 1745 de Manaus/AM, em 1959, o Tribunal Superior Eleitoral já teve a oportunidade de reafirmar sua competência de regulamentar as leis eleitorais, vejamos:

A LEI E FEITA, SATISFAZENDO UMA NECESSIDADE SOCIAL, PARA ESTABELECEER CONDIÇÕES QUE TORNEM POSSÍVEL A CONVENIÊNCIA PACÍFICA, A COOPERAÇÃO, A SOLIDARIEDADE, A SEGURANÇA E O PROGRESSO, DEVENDO SER INTERPRETADA CONSTRUTIVAMENTE. E MISSÃO PRECÍPUA DA JUSTIÇA ELEITORAL GARANTIR O EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS E A VITALIDADE DO REGIME DEMOCRÁTICO. **O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL TEM PODER NORMATIVO NA EXPEDIÇÃO DE INSTRUÇÕES PARA FIEL EXECUÇÃO DAS LEIS ELEITORAIS.** A ZONA ELEITORAL CONSTITUÍDA DE UM SO MUNICÍPIO SO E DIVIDIDA EM SEÇÕES ELEITORAIS QUANDO TIVER MAIS DE 50 ELEITORES. TENDO O MUNICÍPIO MENOS DE 50 ELEITORES, HAVENDO SOMENTE UMA SEÇÃO ELEITORAL.

(Resolução nº 6390 de 13/11/1959, Relator(a) Min. ILDEFONSO MASCARENHAS DA SILVA, Boletim Eleitoral, Volume 112, Tomo 01, Página 156)

Como se verifica, o Direito Eleitoral tem por tradição conferir ao Tribunal Superior Eleitoral a competência de baixar instruções com caráter normativo, com o intuito de facilitar a aplicação da legislação eleitoral.

3.1.2 – Fundamentos

Analisando as competências da Justiça Eleitoral, Marcos Ramayana (2011, p. 125) faz a seguinte constatação:

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

A competência regulamentar do TSE encontra-se atualmente fundamentada em vários dispositivos do ordenamento jurídico-eleitoral. Está explicitada pois no vigente Código Eleitoral, Lei n. 4.737 de 15 de julho de 1965, no parágrafo único do artigo 1, a saber: “O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução”, no artigo 23, inciso IX: “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”, bem como no inciso XVIII: “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

Quanto a esse último dispositivo, Torquato Jardim (1998, p. 46) afirma que:

A norma confere extenso poder regulamentar ao Tribunal Superior Eleitoral, e com ela afasta-se a possibilidade de lacuna ou antinomia normativa. Afasta-se, de igual modo, a ocorrência de fato ou circunstância, política ou administrativa, que não possa, de pronto, ser submetida à normatividade eleitoral.

De igual modo, a Lei n. 6.091, de 15 de agosto de 1974, que dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte a eleitores nas zonas rurais, em dias de eleição, estabelece em seu artigo 27 que: “o Tribunal Superior Eleitoral expedirá, dentro de 15 dias da data da publicação desta Lei, as instruções necessárias a sua execução”.

A Lei 6.996 de 07 de junho de 1982, que dispõe sobre o processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais, também prevê em seu artigo 18 competência para TSE expedir “as instruções que se fizerem necessárias para o cumprimento desta Lei [...]”.

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos – Lei n. 9.096 de 19 de setembro de 1996 – por seu turno, determina, no artigo 61, que o Tribunal Superior Eleitoral deve expedir instruções para “a fiel execução desta Lei”.

Por fim, no artigo 105 da Lei das Eleições – Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997, com nova redação dada pela Lei 12.034 de 29 de setembro de 2009 – há previsão detalhada acerca da competência regulamentar do TSE, pois:

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.

3.1.3 – Natureza jurídica das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral

A função regulamentar do TSE, fundamentada nos diplomas legais já mencionados, toma forma, portanto, com as instruções eleitorais que são veiculadas através de resoluções. Conforme Clemerson Merlin Clève (2000, p. 297) “as Instruções da Justiça Eleitoral não passam de particular manifestação do poder normativo exercido pela Administração”.

Com as resoluções, nas palavras de Torquato Jardim (1998, p. 110), “expede o TSE as instruções que julgar convenientes à execução do Código Eleitoral, ou julga os litígios e controvérsias de natureza judicial (Cód. El., arts. 23, IX e 22). Os Tribunais e Juízos inferiores lhe devem cumprimento imediato (Cód. El., art. 21)”.

E segue o mesmo autor, traçando-lhes a definição exata:

[...] são decisões, administrativas ou judiciais, que têm por função dar eficácia legal e eficácia social às normas constitucionais e legais eleitorais, (a) explicando os seus fins e traduzindo em linguagem acessível ao eleitorado, aos candidatos e ao [sic] partidos políticos, os requisitos e os procedimentos adequados ao exercício da cidadania, ou (b) pondo termo ao processo judicial.

Para Paulo José M. Lacerda, et alii (2004, p. 54), “as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral têm força legal impositiva podendo, inclusive, ser fundamento para ensejar recurso ou Mandado de Segurança, em caso de ofensa ao seu conteúdo”.

E concluem os autores citados no sentido de que essas instruções:

[...] integram o corpo normativo que forma o ordenamento jurídico brasileiro. Não são lei no sentido formal, porquanto não passam pelo processo legislativo previsto na Constituição. Todavia, são lei sob o aspecto material, posto que são atos normativos, locução que será empregada para designar atos administrativos normativos.

Ainda, Djalma Pinto (2003, p. 31) conceitua as resoluções da seguinte forma:

[...] são atos normativos dos tribunais que objetivam tornar factível a aplicação da legislação, interpretar e disciplinar matéria, no âmbito do Direito Eleitoral, visando ao aprimoramento do processo eletivo. Devem manter harmonia com a lei eleitoral e com a Constituição. Não lhes cabe usurpar a competência do legislador, a quem compete a produção de lei, regulando a matéria eleitoral.

As resoluções eleitorais, portanto, são atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral que têm o objetivo de assegurar sua competência para fazer cumprir a legislação eleitoral.

Por derradeiro, vale destacar os assuntos que constantemente são regulamentados pelo TSE, a saber: “o poder regulamentar, em matéria eleitoral, processa-se através de resoluções e instruções sobre propaganda eleitoral, votação, apuração, registro de candidatos, calendários eleitorais e outras” (RAMAYANA, 2011, p. 125).

3.2 – PROBLEMAS ACERCA DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO TSE

3.2.1 – Ausência de previsão constitucional expressa para a competência regulamentar do TSE

Uma das questões centrais deste estudo está em que a competência conferida ao TSE - de regulamentar as leis eleitorais com o intuito de lhes prestar a melhor definição dos fins almejados, bem como atender aos preceitos da igualdade – não recebeu fundamentação expressa do constituinte, tal como ocorreu com a

competência regulamentar do Chefe do Executivo, como visto no segundo Capítulo (art. 84, IV da Constituição Federal). Advém tal competência, no entanto, da lei.

Na verdade, o que se observa, pela análise das constituições anteriores (1934, 1946, 1967), é que havia competência expressa para a Justiça Eleitoral “fixar a data das eleições”, bem como uma competência implícita para adotar ou propor medidas a fim de que as eleições se realizem no tempo e na forma determinados (PAULA FILHO, 1988, p. 34).

Porém, forçoso é reconhecer que desde o advento a atual Carta Política, a tarefa de regulamentar as leis eleitorais sempre esteve a cargo do Tribunal Superior Eleitoral, havendo a única exceção quanto aos Decretos n. 2.814 de 22 de outubro de 1998, n. 3.786 de 10 de abril de 2001 e o n. 5.331 de 04 de janeiro de 2005, que regulamentam o artigo 99 da Leis das Eleições (9.504/97), a respeito do ressarcimento fiscal pela propaganda eleitoral.

Tal regulamentação, por óbvio, veio a ser editada pelo Executivo em função da matéria ali versada, isto é, a compensação fiscal a ser feita pelas empresas de rádio e televisão que, pela referida lei, devem ceder seus horários de programação para veicular a propaganda eleitoral de responsabilidade dos partidos e candidatos.

Reconhecendo o problema, Lacerda, *eti alii* (2004, p. 60) propõe a solução:

Embora, inicialmente, a Constituição vigente não tenha cuidado de forma explícita da matéria, o constituinte derivado foi contundente, conferindo ao Tribunal Superior Eleitoral a competência normativa. Mesmo que a Constituição seja omissa, através de uma interpretação conjunta do seu art. 121 – que remete à Lei Complementar a competência dos Tribunais Eleitorais – com o art. 23, IX, do Código Eleitoral, infere-se a acumulação das competências jurisdicional e normativa da Justiça Eleitoral.

Enfim, ainda que não haja a previsão expressa, a competência regulamentar do TSE não deixa de ter legitimidade, porquanto é sabido que o Código Eleitoral, segundo interpretação do próprio TSE⁶ em face do fenômeno da recepção, é tratado como Lei Complementar material.

⁶ RESPE n. 12.641/TO. Rel. Min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite. RJTSE, Vol. 8, Tomo 1, Pág. 283.

3.2.2 – A competência regulamentar deve ser atribuída privativamente ao Chefe do Poder Executivo?

Leila Cuéllar (2001, p. 117), citando San Tiago Dantas, entende que:

O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas juridicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferida [sic], em assuntos determinados, a um órgão da Administração Pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias.

E mais, colhe-se do magistério de Clève (2000, p. 276) que essas normas regulamentares “não traduzem emanção da função legislativa, mas verdadeira atividade administrativa de caráter normativo”.

Não obstante se tratar da Administração Pública de um modo geral, o raciocínio colacionado pode perfeitamente ser aplicado ao poder regulamentar conferido legalmente ao Tribunal Superior Eleitoral.

De modo mais claro, Lacerda, et alii (2004, p. 37) consideram que:

A atividade regulamentar é característica da função administrativa da Justiça Eleitoral, através da qual o Tribunal Superior Eleitoral expede instruções, que são atos normativos de caráter abstrato, com a função de explicitar a lei eleitoral, a exemplo do regulamento expedido pelo Poder Executivo.

E arrematam suas conclusões (LACERDA, et alii (2004, p. 18):

Conclui-se que a função normativa da Justiça Eleitoral é uma exceção à regra que confere ao Presidente da República a função de regulamentar as leis em geral e se justifica em face do interesse político-partidário dessa autoridade no resultado eleitoral.

Fávila Ribeiro (2000, p. 180) foi mais claro ainda, vejamos:

[...] não pode deixar de ser feita destacada referência à competência para emissão de atos normativos, com força regulamentar. E é preciso ressaltar que essa atividade regulamentar, correlacionada à matéria eleitoral, exclui a

correspondente reserva de competência do Presidente da República contemplada no art. 81, III, da Constituição da República⁷, polarizando-se no Tribunal Superior Eleitoral, sem transbordar, evidentemente, dos limites da respectiva lei.

Em sentido contrário, porém, Ruitemberg Nunes (2003, p. 43/44) afirma que qualquer outra atuação do poder regulamentar que não advenha do Poder Executivo desprestigia as regras constitucionais do art. 84, IV e afronta o princípio da separação dos poderes.

Segundo esse autor, a norma constitucional que prevê competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar atos que decorram do poder regulamentar ficou limitado ao Poder Executivo (art. 49, V). Em face de tal argumento, complementa o autor, “se houvesse amparo constitucional para o chamado poder normativo do TSE, faleceria competência ao Congresso Nacional para controlá-lo, à falta de disposição específica”.

Maior razão assiste à primeira posição, no sentido de que se trata de uma exceção, pois “o bom senso e a própria natureza das coisas têm exigido que, na prática, o Tribunal Superior Eleitoral deva continuar exercendo esse poder regulamentar com exclusividade, fenômeno que se tem repetido a cada pleito” (LACERDA, et alii, 2004, p. 44).

Resumindo bem a questão, Coneglian (2003, p. 39) arremata: “Assim como cabe ao Poder Executivo a regulamentação das leis ordinárias, ao Poder Judiciário cabe, como Poder Executivo das eleições, regulamentar as leis eleitorais”.

3.2.3 – A questão da relevância da competência regulamentar do TSE

Em face dos questionamentos que surgiram nos dois tópicos anteriores, cumpre demonstrar os pontos favoráveis ao desempenho da competência regulamentar pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Com efeito, ao discorrer sobre o tema, Adriano Soares da Costa (2006, p. 368) afirma que as eleições, como “processo licitatório de escolha entre candidatos a cargos eletivos, poderiam ser confiadas, pela Carta, aos poderes executivo e

⁷ Art. 81, III da Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969, equivalente ao atual artigo 84, IV da Constituição de 1988.

legislativo, dando a um deles, ou a ambos, a atribuição de organizar, fiscalizar e executar o prélio eleitoral”.

O citado autor argumenta, com toda razão, que tal possibilidade não seria aconselhável a nossa realidade, visto que o envolvimento de tais poderes colocaria em suspeição a seriedade e a isenção todo o processo eleitoral.

No mesmo sentido, Fávila Ribeiro (200, p. 178) observa que:

A preocupação com a neutralidade que deve ser mantida na sistemática de controle das confrontações político-partidárias tem sido a principal causa determinante do aumento das disponibilidades funcionais da Justiça Eleitoral. Dever ser observado que a progressiva expansão do seu empório funcional abrange diferentes tipos de atribuições, compreendendo atividades administrativas, consultivas, resolutivas, e não apenas caracteristicamente jurisdicionais.

Bem por isso é que se torna imperioso que o poder de regulamentar as leis eleitorais continue submetida ao TSE, “na medida em que o cotidiano do Direito Eleitoral demonstra a importância transcendental das resoluções no transcorrer dos pleitos” (ZILIO, 2008, p. 46).

Ademais, como bem anota Lacerda et alii (2004, p.38), “O Direito Eleitoral brasileiro tem por tradição conferir ao Tribunal Superior Eleitoral a competência para baixar instruções com caráter normativo, como forma de facilitar a aplicação da legislação eleitoral”.

Portanto, como ficou assentado no tópico anterior, a tarefa de regulamentar a lei eleitoral não cabe ao Presidente da República, sendo assim outra solução não haveria de ser tomada que não conferi-la ao Tribunal Superior Eleitoral.

Com isso, é de se concordar com a conclusão de Lacerda et alii (2004, p. 94):

Nessa ótica, a função regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral constitui um importante instrumento de aperfeiçoamento do princípio da separação dos poderes, através da limitação do poder regulamentar inerente ao Executivo, bem como do regime democrático, favorecendo a legitimidade dos escolhidos nas urnas.

3.3 – LIMITES APLICÁVEIS À COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DO TSE

3.3.1 – Limites legais

Assim como aplicáveis à competência regulamentar do Chefe do Executivo, limites há que devem ser respeitados pelo TSE ao exercer essa competência. As questões atinentes aos limites dessa prerrogativa ganham relevo à medida que as normas eleitorais passaram a assumir uma feição perene.

Com efeito, a rejeição de normas de eficácia temporária, em matéria eleitoral, que até a edição da Lei n. 9.504/97 eram uma realidade em nosso ordenamento jurídico, consolidou e possibilitou maior especialização do Direito Eleitoral e restringiu o campo de atuação da competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral.

Ainda nesse cenário, persistem críticas ao modo de atuação do TSE. As críticas, em sua maioria, apontam para a exorbitância dos limites de sua atuação normativa e invasão de reserva legal, e até constitucional.

É por exemplo a crítica de Victor Nunes Leal (1960, p. 217), para quem a prerrogativa daquele órgão de expedir instruções que julgar convenientes denota inadequada técnica legislativa, pois “não tem a virtude de alargar, além dos limites já assinalados, a faculdade regulamentar do Judiciário Eleitoral, porque aquelas instruções se destinam a dar execução à lei eleitoral”.

Mais adiante, arremata dizendo que “na prática, diferentemente, é atribuído mais largo alcance e importância a ditas instruções, de modo a dotarem-nas de força de lei, ora prestando-se para revogar alguns dispositivos, ora para ensejar, pela sua violação, a interposição de recurso especial”.

Assim, o limite primeiro a que deve estar submetida a atividade regulamentar eleitoral é aquele estabelecido pelo legislador, o legítimo detentor da prerrogativa de criar as leis, das quais surgem direitos e obrigações. A violação a esse pressuposto implica excesso, tornando o ato ilegal.

Corroborando essa afirmativa, vale registrar a passagem de Rodrigo Lopez Zilio (2008, p. 22):

[...] é fundamental que haja a adequação e compatibilidade do conteúdo da resolução com o regramento legal vigente, e nunca o extravasamento do poder regulamentador, ainda que de modo indireto, com a burla ao conteúdo legislativo, sob pena, inclusive, de ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2 da Constituição Federal)

Como exemplos de violação a esse preceito, podemos citar a edição da Resolução TSE n. 16.402/90, que, no afã de regulamentar a propaganda eleitoral para o pleito daquele ano, criou tipo criminal que não estava previsto na Lei penal eleitoral. Na mesma senda, ao editar a Resolução n. 20.993/02, que regulamentava o registro de candidatos para o pleito do ano de 2002, o TSE foi além do que previa a Lei das Eleições e impôs restrições indevidas. Tais exemplos servem para corroborar a necessidade de observância aos limites legais.

Em se tratando, pois, de limite legal, pode-se subdividi-lo basicamente em três espécies: temporais, formais e materiais. No que concerne ao limite temporal, colhe-se no disposto no artigo 105 da Lei n. 9.504/97 a data limite para que o TSE exerça sua competência regulamentar:

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito.

Com relação ao limite formal, a previsão decorre do já citado art. 23, IX, do Código Eleitoral, que prescreve que as normas emanadas do TSE devem assumir a forma de instruções, cuja natureza jurídica já tivemos a oportunidade de analisar.

Em decorrência do limite material, por derradeiro, deve-se ter em mente que o conteúdo das normas editadas pelo TSE deve manter escorreita vinculação com a finalidade de tornar efetivo o exercício da lei eleitoral, pois, como alerta Djalma Pinto (2003, p. 18) “Não lhes cabe usurpar a competência do legislador, a quem compete a produção da lei, regulamentando a matéria eleitoral”.

3.3.2 – Limites constitucionais

Conforme tratado no tópico anterior, a questão dos limites ao exercício regulamentar do TSE não é cristalina, culminando em excessos. A forma, portanto, que aquela instituição tem para atuar sem excessos, além dos limites legais, é respeitar os princípios constitucionais, o que será abordado agora.

Destarte, já tivemos a oportunidade de tratar dos limites ao poder regulamentar geral, conferido ao Chefe do Executivo, a saber: a separação de poderes, o princípio da legalidade e da razoabilidade. Tais princípios foram abordados no Capítulo segundo deste trabalho. Entretanto, há que se falar, ainda, do princípio da anualidade da lei eleitoral.

O princípio da anualidade está previsto no artigo 16 da Constituição, e dispõe que “[a] lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

A nova lei, de acordo com esse dispositivo, tem vigência ao ser editada. Entretanto, não tem vigor, porquanto “sua normatividade fica suspensa em razão do interesse público relevante de não se alterarem as regras uma vez iniciado o processo político eleitoral” (JARDIM, 1998, p. 114).

Tal princípio tem como pano de fundo a segurança jurídica nas relações jurídico-eleitorais. Dessa forma o “constituente [...] teve como escopo o resguardo da estabilidade do processo eleitoral, preservando-o de alterações jungidas por conveniências meramente setoriais e circunstanciais” (ZILIO, 2008, p. 24).

Não é diferente o entendimento exposto por Djalma Pinto (2006, p. 135), que considera que:

[a] segurança jurídica das normas que disciplinam a disputa pelo poder é fator fundamental para a preservação da democracia. Não devem essas normas ficar ao sabor das maiorias, eventualmente constituídas, sempre ávidas pela produção de texto legal que atenda a suas conveniências em determinado pleito.

À primeira vista, poder-se-ia afirmar que as resoluções eleitorais não se sujeitam ao princípio da anualidade, visto já possuírem a limitação contida no prefalado artigo 105 da Lei n. 9.504/97. Entretanto, de acordo com o raciocínio de Rodrigo Lopez Zilio (2008, p. 24), observa-se que determinadas resoluções do TSE estão, de fato, vinculadas ao princípio em comento. Segundo o autor:

[...] sendo característica da norma a abstração e generalidade, a aprovação de norma que altera o processo eleitoral às vésperas do pleito – ou seja, dentro do prazo anual, com as correlações de forças eleitorais já formatadas - , significa a própria negação aos qualificativos consagrados, sendo inegável seja reconhecido que tal norma ganha contornos de concretude e singularidade, já que concebida dentro de um contexto eleitoral delineado.

Portanto, não se nega que nas situações em que a norma editada em decorrência da competência regulamentar eleitoral seja dotada das características de abstração e generalidade. Assim, deve ela obediência ao princípio da anualidade.

CONCLUSÃO

De acordo com o que amplamente demonstrado neste estudo, a competência regulamentar atribuída ao Tribunal Superior Eleitoral, não obstante as suas demais atribuições, é característica peculiar desse órgão.

Embora de início não se encontre previsão na Constituição vigente, a função regulamentar conferida ao TSE de expedir instruções que julgar convenientes à fiel execução do Código Eleitoral e das leis eleitorais está cabalmente amparada nos artigos 1, parágrafo único, e 23, inciso IX, do Código Eleitoral, que, pela teoria da recepção das normas, foi recepcionada com *status* de lei complementar.

Quando se compara com o poder regulamentar previsto na Constituição ao Chefe do Executivo, a competência regulamentar do TSE não se mostra muito diferente daquele, com a única exceção de que o fundamento de validade desta segunda é, como levantado acima, a Lei.

O exercício da competência regulamentar do TSE se materializa com a edição das instruções normativas, as quais são veiculadas sob a forma de resoluções eleitorais e têm por objetivo proporcionar a correta aplicação das leis eleitorais.

Com isso, desempenha a nobre missão de fortalecer a democracia, não apenas pelo modo ágil com que opera e simplifica o processo eleitoral previsto na Carta Política, mas também por conferir maior imparcialidade, visto ser a Justiça Eleitoral um órgão vinculado ao Poder Judiciário e, portanto, isento das influências políticas que são inerentes aos demais poderes do Estado.

Há que ser ressaltado, de igual modo, que, ao exercer essa competência regulamentar, cumpre o TSE com o mandamento constitucional, dirigido a toda Administração Pública, de tratamento isonômico aos atores do processo eletivo, nele incluído os candidatos, os partidos, os eleitores.

Deve-se, contudo, ater-se ao fato de que existem limites para o exercício dessa competência, porquanto o órgão regulamentador está sujeito tanto ao balizamento da lei objeto da regulamentação quanto aos princípios constitucionais a que está vinculado o legislador comum.

Assim, como todo ato emanado do poder público, os atos normativos editados em razão da competência regulamentar do TSE sujeitam-se ao princípio da legalidade, da razoabilidade.

As resoluções eleitorais, porque possuem força de lei ordinária, na medida em que versarem acerca de matérias sujeitas ao princípio da anualidade eleitoral, devem também a ele obediência.

Por fim, o exercício de toda função normativa pela Justiça Eleitoral não pode jamais usurpar a competência legislativa, sob pena de ofensa direta ao princípio da separação dos poderes.

É consabido que tais limites em matéria eleitoral não são tão claros, visto que a referência da Lei deixa uma margem perigosa ao órgão regulamentador, no caso o Tribunal Superior Eleitoral, que, aproveitando-se desse vácuo, vem atuando, aos olhos de todos, de forma cada vez mais ampla, chegando a invadir o espaço reservado pela Constituição aos demais poderes constituídos. Exemplos dessa violação ao limites legais são as Resoluções TSE n. 16.402/90 e 20.993/02.

Entretanto, esses fatos, apesar de graves, não devem servir de pretexto para a retirada da competência regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, em razão do inegável retrocesso que seria a volta aos sistemas anteriores de condução política, conforme levantado na primeira parte da pesquisa. É, portanto, totalmente descabida a entrega de tal função a outro órgão que não o Judiciário Eleitoral.

O objetivo proposto pela presente pesquisa, pode-se dizer portanto, foi alcançado, uma vez que a abordagem constitucional e infraconstitucional referente ao tema foi criteriosamente elaborada, ao escólio de renomados autores, bem como com auxílio da Jurisprudência.

Com isso, confirmam-se as hipóteses levantadas, ou seja, o exercício da competência regulamentar do TSE é legalmente previsto, superando-se o óbice da ausência de dispositivo constitucional nesse sentido, porquanto tal competência, embora não prevista na Constituição vigente, era tratada nas Cartas Políticas pretéritas e foi se consolidando ao longo dos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal FERREIRA. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **Liberdade e Poder Regulamentar**. Revista de Informação Legislativa: Brasília, ano 17, n. 76, abr/jun. 1980, pp. 45/74.

_____. **Poder Regulamentar do Executivo**. RDP 57-58 184-208, jan./jun., 1985.

_____. **Decreto Regulamentar no Direito Brasileiro**. RDA 97:21-33, jul./set., 1969.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa. **As Constituições Brasileiras: 1946**. 2ª ed. Fundação Projeto Rondon Brasília: Senado Federal, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Ato administrativo e Direito dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1979. V.1.

BARROSO, Luis Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política [do] Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, ano 6, n. 23, abr./jun.1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 1715**. Brasília, DF, Boletim Eleitoral, Volume 112, Tomo 01, Página 156.

- BRASIL, J. F. de Assis. **Democracia representativa: do voto e do modo de votar**. Rio de Janeiro: Leunziger, 1893, p. 167-168.
- CAMMAROSANO, Márcio. **Regulamento**. RDP 51-52: 126-38, jul./dez., 1979.
- CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 14. ed. Bauru: EDIPRO, 2010.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves Carvalho. **Técnica Legislativa**. Rio de Janeiro: Del Rey, 1993.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CONEGLIAN, Olivar. A Justiça Eleitoral: **O Poder Executivo das eleições, uma justiça diferente**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito Eleitoral Contemporâneo: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. **Propaganda Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2002.
- COSTA, Adriano Soares da Costa. **Instituições de Direito Eleitoral**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Editora Dialética. 2001.
- DELGADO, José Augusto. **A Contribuição da Justiça Eleitoral para o Aperfeiçoamento da Defesa da Democracia**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 32, n. 127, jul/set. 1995, pp. 109/118.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1997, 4. ed., p. 10.

FERREIRA LEITE, Luciano. **O Regulamento no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERRAZ, Sérgio. **Três Estudos de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed., rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GOMES, Suzana de Camargo. **A Justiça Eleitoral e sua Competência**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pp. 38/39.

GUIMARÃES, Mário. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

_____. **Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 30, n. 119, jul./set. 1993.

JOBIM, Nelsone PORTO, Walter Costa. **Legislação Eleitoral no Brasil – Do Século XVI a Nossos Dias**. Brasília: Senado Federal, 1996, vol. I.

_____. **Legislação Eleitoral no Brasil – Do Século XVI a Nossos Dias**. Senado Federal: Brasília, 1996, Vol. II.

LACERDA, Paulo José M.; CARNEIRO, Renato César; SILVA, Valter Félix. **O poder normativo da Justiça Eleitoral**. João Pessoa: Sal da Terra, 2004.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LISBOA, Gilmar Aprígio. **Organização Judiciária**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. 2. ed. México: Imprensa Universitária, 1958, trad. de Eduardo García-Maynez.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Vanessa Vieira. **Regime Jurídico da Competência Regulamentar**. São Paulo: Dialética, 2001.

MEZZARROBA, Orides. **Direito Partidário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Édition Garnier Frères, 1956.

PAULA FILHO, Antônio Faustino. **Sistemas de Controle do Processo Eleitoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

PEREIRA, Ricardo José Rodrigues. **Eleições sem Tribunais Eleitorais: o Caso dos EUA**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 33, n. 31, jul/set. 1996, pp. 135/145.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **A Justificativa Eleitoral segundo a Regulamentação Editada do Tribunal Superior Eleitoral e a Ética do Discurso segundo Jurgen Habermas: confrontando marcos teóricos incompatíveis**. Brasília: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, nov. 2003, ano 4, n. 4.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral – Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais**. São Paulo: Atlas, 2003.

PORTO, Walter Costa. **Andrae, Hare, Baily, Assis Brasil, Borges: O longo caminho da Proporcionalidade em Nosso País**. In: ROCHA, Cármen Antunes; VELOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento de ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral: Noções Preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.