

ADIs 3.999 e 4.086 [voto lido no plenário]

01. A Resolução n. 22.610, de 25 de outubro de 2.007, foi baixada pelo TSE no uso das atribuições que lhe confere o artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral:

“Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,
XVIII - tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”.

Observe-se ademais que o inciso IX desse mesmo artigo 23 confere ao TSE a função de “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código”.

02. Providências referidas no inciso XVIII e instruções mencionadas no inciso IX do artigo 23 do Código Eleitoral respeitam à execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral. Vale dizer: as instruções e providências normativas de que se trata são análogas aos decretos e regulamentos baixados pelo Presidente da República para a fiel execução das leis, os chamados *regulamentos de execução* (art. 84, IV da Constituição). Tal como as instruções que podem baixar os Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, II da Constituição), não podem inovar o ordenamento jurídico. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E aqui ---

seja nos incisos XVII e IX do Código Eleitoral, seja no inciso IV do artigo 84 e no inciso II do artigo 87 da Constituição --- não há autorização, ao TSE, ao Presidente da República e aos ministros de Estado, senão para disporem sobre a execução das leis, *secundum legem*. Jamais para disporem *contra* ou *praeter legem*.

03. Para ser breve, incisivamente breve, indago se o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na e pela Resolução n. 22.610/07.

Ora, como já se disse em voto proferido do Supremo Tribunal Federal¹, “o Estado-legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico [sic], sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse Ordenamento [sic]. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão-somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que

¹ Medida Cautelar na ADC 12, relator o Ministro Carlos Britto.

adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento [sic] com imediatidade”.

04. Daí a indagação, essencial ao deslinde da questão de que ora cogitamos: o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na sua Resolução n. 22.610/07?

Não, evidentemente. O Código Eleitoral autoriza o Tribunal Superior Eleitoral apenas, unicamente, exclusivamente a dispor sobre a sua execução [dele, Código Eleitoral] e da legislação eleitoral, sem força suficiente para inovar o ordenamento.

Produzi alguns textos acadêmicos sobre os temas das funções estatais --- a *função normativa*, a *função administrativa* e a *função jurisdicional* --- e da *legalidade*². Embora entenda coexistirem, no direito positivo brasileiro, *regulamentos de execução*, *regulamentos autônomos* e *regulamentos autorizados* --- bem assim que a Constituição contempla o *princípio da legalidade* em sentido amplo e em sentido estrito --- jamais me ocorreria assumir qualquer gesto ou interpretação que conduzisse a transgressão da *legalidade*. Sempre estive e tenho estado cioso da sua importância [importância da legalidade] e da

² O direito posto e o direito pressuposto, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, págs. 225 e ss.

importância da interdependência e harmonia entre os poderes, embora compreenda bem a observação de Hegel³, para quem

“[o] princípio da divisão dos poderes contém, com efeito, o momento essencial da diferença, da racionalidade real. Ora, o entendimento abstrato apreende-o de um modo que implica, por um lado, a determinação errônea da autonomia absoluta dos poderes uns com relação aos outros, e, por outro lado, um procedimento unilateral que consiste em tomar seu relacionamento mútuo como algo negativo, como uma restrição recíproca. Esse modo de ver encerra uma hostilidade, um temor, de cada qual em face do outro; cada um aparece como um mal para o outro e o determina a opor-se a ele, o que certamente leva a um equilíbrio geral de contrapesos, mas de modo algum a uma unidade viva”; “... saibamos que nem sempre aquilo que espontaneamente vem à mente, ou aquilo que mais impressiona, é o essencial. É assim, é verdade, que devem ser distinguidos os poderes do Estado, mas cada um deles deve constituir um todo nele próprio, e conter nele os outros momentos. Quando se fala da diversidade de eficácia dos poderes, de sua ação e de sua eficiência, é necessário

³ Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé, seconde édition, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1.993, par. 272, observação, págs. 282 e par. 272, adendo, pág. 280.

evitar incorrer no enorme erro de considerar as coisas como se cada poder estivesse supostamente lá abstratamente, por ele próprio, quando os diferentes poderes supostamente se diferenciam apenas enquanto momentos do conceito”.

Nunca fiz praça da “separação” dos poderes --- até porque sei que o indivisível não se pode separar --- mas sempre reagi vigorosamente, qual agora o faço, contra qualquer ensaio de superposição de momentos, o normativo e o jurisdicional, de sorte a permitir-se a reprodução da situação que inspirava temor a Montesquieu, qual se lê no capítulo VI do Livro IX d’*O espírito das leis*:

“Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

05. O Tribunal Superior Eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Estivesse autorizado por alguma lei a dispor sobre matéria excluída da reserva da lei, então poderíamos argumentar a partir da afirmação de que estaria a produzir texto normativo análogo aos *regulamentos autorizados* --- o que a doutrina, enganosamente, chama de *regulamentos delegados*, ignara de que o Poder Legislativo detém o monopólio apenas do exercício da função legislativa, não de toda a função normativa.

O fato, de toda sorte, é que o TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral. E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição... Estamos aqui para assegurar a prevalência da Constituição, de modo que me causa espanto e medo o sentimento de que de quando em quando não há de ser assim. Pode, é certo, o Tribunal Superior Eleitoral, exercer função normativa, mas exclusivamente tendo em vista, e nesses limites, a execução das leis.

06. Ainda que assim não fosse --- admitido tão-somente para fins de argumentação que tivesse sido

ele contemplado com o poder de inovar o ordenamento jurídico, impondo obrigação de fazer ou de não fazer -- ainda assim não poderia ter disposto sobre as matérias que disciplinou na Resolução n. 22.610/07.

07. Essa resolução é multiplamente inconstitucional. No seu todo, porque não incumbe ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que nada dispuseram no que tange a perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária. A inconstitucionalidade da Resolução n. 22.610/07 é, neste ponto, retumbante.

Mas não é só, visto que ela avança sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei. Áreas da chamada *reserva da lei*.

08. O artigo 1º dispõe sobre perda de cargo eletivo, no caso de desfiliação partidária, admitindo-a quando houver “justa causa”⁴. Matéria inquestionavelmente de lei (arts. 22, I e 48 da CB). Ninguém perderá mandato eletivo, direi, senão em virtude de lei; é assim que leio a Constituição, ainda que me venham a chamar de positivista.

⁴ “O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa”.

09. O artigo 2^o⁵ distribui competências entre o próprio TSE e Tribunais Regionais Eleitorais, matéria que o artigo 121 da Constituição reserva a lei complementar.

10. – Os artigos 3^o ao 9^o e 11 consubstanciam inovação em direito processual, matéria em relação à qual não nem mesmo se admite medida provisória. Nem mesmo medida provisória, repito.

11. E o § 2^o do artigo 1^o inova as atribuições do Ministério Público, matéria reservada pelo § 5^o do artigo 128 da Constituição do Brasil a lei complementar federal e, no plano dos Estados-membros, a leis complementares estaduais. Trata-se mesmo de uma coisa nunca vista: a Resolução n. 22.610/07, do TSE, é incessantemente inconstitucional; há um excesso, um abuso de inconstitucionalidade nela. Não podemos servir a dois senhores. Quanto a mim, presto acatamento à Constituição. Desejo somente estar tranqüilo, no futuro, do meu passado nesta Corte.

12. Peço vênias aos meus pares para repetir: instruções, resoluções --- não importa qual seja o instrumento a veicular o exercício de função normativa pelo TSE --- umas e outras são inábeis,

⁵ “O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo Estado”.

insuficientes para dispor de modo adverso à legalidade.

É verdade que os tribunais exercem *função regimental*, nos termos do que dispõe o artigo 96 da Constituição do Brasil. *Função regimental*, parcela da *função normativa* cuja titularidade pertence ao Judiciário --- tal e qual suas duas outras parcelas, a *função legislativa* e a *função regulamentar* são do domínio, respectivamente, do Legislativo e do Executivo. Nessa *função regimental* não se inclui, contudo, qualquer imposição de obrigação de fazer ou não fazer que vá além do quanto respeite ao domínio *interna corporis* dos tribunais.

13. A Resolução n. 22.610/07 é --- afirmo-o sem constrangimento, mesmo porque o compromisso que tenho a honrar é com a Constituição; a cada um a sua coerência --- a Resolução n. 22.610/07, dizia, é múltipla e francamente inconstitucional.

Julgo procedente a ação direta.