

A (IM)POSSIBILIDADE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL DE CRIAR CAUSAS DE INELEGIBILIDADES

HERMES HILARIÃO TEIXEIRA NETO¹

LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES²

1. INTRODUÇÃO. 2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 2.1. INCIDÊNCIA DA TUTELA CONSTITUCIONAL NO DIREITO ELEITORAL. 3. ATRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL. 3.1. FUNÇÃO NORMATIVA. 3.2.1. Resoluções do TSE. 4. INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL PARA CRIAR CAUSAS DE INELEGIBILIDADES. 5. CONCLUSÕES.

RESUMO: Este Trabalho de Conclusão de Curso discorre acerca da possibilidade do Tribunal Superior Eleitoral criar hipóteses de inelegibilidades através do exercício do seu poder normativo. O estudo perpassa inicialmente pela concepção da Constituição Federal no Estado Democrático de Direito. Em seguida, destacam-se as peculiaridades do Tribunal Superior Eleitoral e as suas funções, especialmente a legislativa. Nesse aspecto, ficam demonstrados os limites constitucionais e legais ao TSE quando do exercício dessa atribuição regulamentadora, bem assim os motivos pelos quais a referida Corte de Justiça deve atuar apenas dentro dos parâmetros da sua competência regulamentar, respeitando os dogmas constitucionais.

Palavras-chave: Eleitoral. TSE. Poder Normativo. Resoluções. Inelegibilidade.

1 INTRODUÇÃO

¹ Hermes Hilarião Teixeira Neto é bacharel em Direito, graduado pela UNIFACS. Pós-graduando em Direito Eleitoral pela Fundação César Montes – FUNDACEM. Advogado Eleitoralista.

² Advogado Criminalista. Mestrando em Direito Público na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduando em Ciências Criminais no Juspodivm. Professor de Processo Penal da Escola Superior da Advocacia da Bahia (ESA). Graduado em Direito pela Universidade Salvador. Presidente do Conselho Consultivo dos Jovens Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado da Bahia. Assessor Especial da Presidência do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCrim).

Tem sido comum o Tribunal Superior Eleitoral criar causas de inelegibilidades através de suas resoluções, portanto, destina-se o presente texto a identificar se existe ou não permissivo constitucional ou legal que autorize o poder de regulamentação do Tribunal Superior Eleitoral chegar ao ponto de restringir direitos políticos e constitucionais.

Para tanto, é preciso inicialmente ressaltar a imperatividade e supremacia da Constituição Federal, demonstrando que essa norma confere validade a todo o sistema jurídico, sendo, pois, a norma fundamental do Estado de Direito.

Em seguida, impende abordar as funções do Tribunal Superior Eleitoral, notadamente as suas peculiaridades e distinções em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, evidenciando, dentre outras coisas, que ele possui elevado poder normativo, o que não é comum, e consultivo, fruto da alternância da composição dos Juízes Eleitorais.

Além disso, cumpre delimitar o conceito das resoluções, como ato regulamentador das normas eleitorais, demonstrando o seus contornos e os seus limites.

Por fim, será pesquisado ao longo do texto se o Tribunal Superior Eleitoral possui competência para, por meio de suas resoluções, criar hipóteses de inelegibilidades, perpassando, obviamente, por uma análise detida do texto constitucional.

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 INCIDÊNCIA DA TUTELA CONSTITUCIONAL NO DIREITO ELEITORAL

A real dimensão do direito eleitoral depende, necessariamente, da compreensão histórica-estrutural da norma fundamental do Estado (DALLARI, 2010, p. 15), uma vez que essa deve ser encarada como fundamento e validade de todo o ordenamento jurídico pátrio (CAMPOS, 1987, p. 347). Não se pode construir uma dogmática eleitoral sem a utilização da Carta Magna

como pressuposto lógico, até porque “Constituição é uma ordenação sistemática da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garante direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político” (CANOTILHO, 1992, p. 12).

O estudo do alcance da função legislativa do Tribunal Superior Eleitoral, especialmente no que concerne a criação de hipóteses de inelegibilidades, portanto, com todos os elementos e particularidades que lhe são próprias, deve perpassar por uma análise precisa e delimitada acerca dos princípios e das garantias constitucionais que lhe são correlatos. Isto porque a hermenêutica constitucional moderna justifica-se em uma rede principiológica (GUASTINI, 2003, p. 153).

A efetivação do Estado Democrático de Direito está intimamente associado com as suas normas instrumentais (SARLET, 2007, p. 269). O processo democrático participativo revela, sem dúvidas, a civilização de um povo. Significa dizer que onde existem regras procedimentais capazes de assegurar a lisura e a autenticidade do processo eleitoral, sem que os resultados das eleições sofram influências externas, a civilização está em constante crescimento, ao contrário, nas civilizações em que não se garante a ética e a igualdade entre os candidatos, certamente o povo está estagnado.

Mais recentemente, a constitucionalização dos ramos fragmentados do direito, revela essa necessidade de interligar o processo eleitoral com a Carta Política (SANCHÍS, 2003, p. 101). Vale dizer, não adianta ser garantista em um momento e não ser no outro, mesmo porque só assegurar a previsão de determinados direitos não é suficiente para incidência da Democracia, é preciso corporificá-los no âmago do processo, sem qualquer distinção ou privilégios entre as pessoas envolvidas no prélio eleitoral.

Em razão desse fenômeno de influência da norma constitucional em todas as demais normas do ordenamento jurídico, infere-se que as leis eleitorais são em verdade um apêndice indispensável para assegurar a realização e efetivação dos preceitos constitucionais (ENTERRÍA, 2001, p. 49), um instrumento legítimo para proporcionar o crescimento da democracia em consonância com os valores básicos do Estado constitucional.

A constitucionalização do direito infraconstitucional alterou significativamente o modo de construção da norma jurídica, pois anteriormente quando a Constituição era destituída de força normativa, sendo mera Carta Política, as normas infraconstitucionais se colocavam no centro do ordenamento jurídico. Assim, em virtude do neoconstitucionalismo, o primeiro enfoque a ser avaliado é admitir a relevância das normas jurídicas constitucionais, pois o estudo sobre qualquer matéria, no direito, deve perpassar pela riqueza do texto constitucional, analisando a harmonia que esse possui com os anseios sociais e respeitando a sua supremacia no sistema jurídico (ZAGREBELSKY, 2003, p. 33).

Contudo, nem sempre houve essa concepção sobre a incidência do direito constitucional nos outros ramos do direito. O pós-guerra foi decisivo nesta mudança de paradigma, pois a história revela que o ser humano, principalmente nas duas guerras mundiais, foi dilacerado em sua essência, desconsiderado como um ser individual, sendo relegado ao mais baixo escalão da sociedade, que preconizava valores patrimoniais e individualistas (BOBBIO, 2004, p. 43).

Em virtude das truculências empreendidas antes e durante as duas grandes guerras mundiais, a sociedade internacional viu-se na iminência de instituir mecanismos que pudessem garantir princípios básicos de convivência para os seres humanos (DANTAS, 2010, p. 221), sendo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um marco histórico, já que a comunidade internacional passa a tutelar direitos que propiciem um mínimo existencial para os seres humanos. Nesse diapasão, é interessante transcrever a importante contribuição de Bobbio (2004, p. 46-53) sobre o tema:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode-se ser considerada humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade [...] A declaração universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Desse modo, a preocupação em evitar grandes destruições de seres humanos é de tal monta que os textos constitucionais, que representam a norma

fundamental e hierarquicamente superior do Estado Democrático de Direito, passam a corporificar não só direitos políticos, mas sim direitos sociais e individuais a serem garantidos aos cidadãos (FORSTHOFF; ABENDROTH, DOEHRING; 1986, p. 101).

As Constituições deixam de ser apenas meras cartas de intenções políticas, normas constitucionais programáticas sem eficácia social, mas que estão dotadas de caráter jurídico imperativo, tendo, por conseguinte, eficácia vinculativa, responsáveis pela tutela dos valores existenciais mínimos, sendo, portanto, suprema em relação às demais normas jurídicas (BARROSO, 2008, p. 162), que devem estar em conformidade com o texto constitucional, sob pena de sofrer controle de constitucionalidade (HESSE, 2009, p. 73).

Nesse sentido observe as palavras do professor Canotilho (1997, p. 826):

[...] deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, que encerra a idéia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

Os fundamentos constitucionais não são sugestões, alusões ou insinuações dadas àqueles que elaboram e operam as normas infraconstitucionais. Os alicerces constitucionais são, em verdade, as diretrizes, dogmas e os comandos a serem reverenciados a todo instante pelo sistema jurídico, pois “não há norma constitucional de valor meramente formal ou de conselho, avisos ou lições” (SILVA, 2008, p. 80).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 11) é categórico no tocante ao assunto:

A constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgão do Poder e cidadãos.

Não é por outra razão que se afirma que “os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo” (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 31).

Portanto, surge, a partir dessas ideias, um novo modelo de Estado.

No Brasil, tais mudanças, como as demais evoluções, foram tardias, mas em boa hora. Somente com a promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988 foi implantada uma ordem jurídica alicerçada, sobretudo, em princípios, os quais possuem elevada carga axiológica dentro do sistema jurídico (FERREIRA FILHO, 2001, p. 3), assim como são dotados de força normativa suficiente para incidir tanto nas relações privadas quanto nas públicas, sendo, inclusive, instrumentos para solidificação das garantias consideradas básicas para a condução de um processo eleitoral justo, seguro, sem privilégios, legitimando, dessa maneira, o Estado a conferir uma eleição consubstanciada na ética.

No que se refere a regulamentação das regras eleitorais, o momento fora oportuno para o poder constituinte originário consagrar no bojo do texto constitucional garantias fundamentais, com o propósito de assegurar a legitimidade dos resultados das eleições, bem como garantir que àqueles que decidem concorrer ao prélio eleitoral não serão privilegiados ou prejudicados.

A Constituição Federal de 1988 em diversas passagens disciplinou matérias de direito eleitoral, seja ao prevê o princípio da anualidade no direito eleitoral, regular os direitos políticos, fixar as condições de elegibilidade, seja ao estabelecer limites para criação de outras hipóteses de inelegibilidades, consoante disposição do artigo 14, § 9º, da Carta Magna de 1988.

As premissas até aqui fixadas são indispensáveis para formação cognitiva das reflexões pretendidas no presente trabalho, sendo certo de que toda e qualquer interpretação jurídica deve perpassar pelos pilares constitucionais, pois, do contrário, estar-se-ia criando um sistema jurídico as avessas, perigoso, ameaçador e, no mínimo, antidemocrático.

Parece de uma simples do exposto que se trata de uma questão simples e pacífica no mundo jurídico, o que, até mesmo, tornaria toda essa ponderação desnecessária. Contudo, conforme restará demonstrado ao longo do texto, o próprio Tribunal Superior Eleitoral, por vezes, tem se excedido quando do exercício da sua função normativa (legislativa), ultrapassando os limites constitucionais quando da edição de suas resoluções.

Portanto, para se chegar a uma conclusão acerca da possibilidade do Tribunal Superior Eleitoral criar causas de inelegibilidades, além de se ter em mente que a Carta Política de 1988 é a norma fundamental do Estado Democrático de Direito, é preciso perpassar pelo estudo das atribuições da justiça eleitoral, especialmente a função legislativa.

3 ATRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA ELEITORAL

O presente tópico tem por escopo delimitar premissas que são imprescindíveis para o desenvolvimento deste trabalho, notadamente no que se refere ao estudo das atribuições da Justiça Eleitoral e em especial a sua função regulamentadora, pois, não custa repisar, o objeto deste texto é investigar a viabilidade jurídica do Tribunal Superior Eleitoral criar hipóteses de inelegibilidades através de suas resoluções, o que comumente vem acontecendo.

A Justiça Eleitoral se distingue dos demais órgãos do Poder Judiciário por possuir características próprias, principalmente porque as suas atividades não se restringe a prestação jurisdicional (função julgadora), já que possui elevada atribuição administrativa, consultiva e normativa (legislativa).

A atribuição administrativa consubstancia-se no dever da Justiça Eleitoral de organizar e administrar o prélio eleitoral, realizando o cadastro de eleitores, designando locais de votação, revisando o eleitorado, criando Zonas e Seções Eleitorais, bem assim realizando a apuração da votação.

A atividade consultiva é uma das maiores peculiaridades da Justiça Eleitoral. Em virtude da mudança recorrente da composição dos Juízes eleitorais, decorrente do biênio legal, a função consultiva é de extrema importância para garantia da segurança jurídica, ao passo que o Código Eleitoral confere competência para responder consulta ao Tribunal Superior Eleitoral (art. 23, inciso XIII) e aos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 30. Inciso VIII).

Assim, as autoridades públicas, com jurisdição federal, ou partido político, por meio de seu órgão de direção nacional, podem formular consulta sobre

situações em tese relacionadas exclusivamente ao direito eleitoral ao Tribunal Superior Eleitoral. Por outro lado, os partidos políticos, através do órgão de direção estadual, e as autoridades públicas, com jurisdição federal, devem instruir o pedido de consulta sobre questões estritamente eleitorais perante os Tribunais Regionais Eleitorais (ZILIO, 2010, p. 37).

Importante esclarecer que as consultas somente podem ser relacionadas às questões eleitorais, não sendo possível envolver dúvidas sobre matéria administrativa, partidária ou constitucional. Além disso, as consultas devem ser sobre situações em tese (abstratas), ou seja, jamais pode ser sobre um fato concreto, especialmente porque a consulta tem mero cunho informativo, não vinculando o Tribunal a análise de casos similares no futuro.

Esse, aliás, é o entendimento de Torquato Jardim (1998, p.184):

As respostas às consultas refletem recomendação, um entendimento prévio posto em situação abstrata, porquanto não se respondem a casos concretos. É palavra dada em sessão administrativa, ausente qualquer defesa ou contraditório ou publicidade, requisitos essenciais ao *due process* da sentença judicial, ainda que palavra motivada (Const., art. 5º, LII, LV, LVII, e 93, IX e X).

A função julgadora, por seu turno, decorre da compreensão de que a partir do momento em que o Estado assumiu o compromisso de tutelar os diversos casos conflitivos de maneira adequada, proibindo a autotutela, atraiu para si o monopólio da jurisdição, bem como o ônus de instrumentalizar a eficácia plena dos bens jurídicos individuais e coletivos, de forma a assegurar equilíbrio no convívio social (MARINONI, 2008, p. 23).

O Estado, em regra, tem o dever de criar mecanismos aptos e adequados para prestar uma jurisdição ampla e irrestrita, que seja capaz de harmonizar as relações intersubjetivas, funcionando o processo judicial, inclusive eleitoral, como um meio pacificador dos problemas sociais. Vislumbrando um modelo ideal, defende-se que a tutela jurisdicional autêntica é aquela que resguarda as garantias básicas processuais, mas que é conferida com efetividade e tempestividade, ao ponto de ser possível verificar o mesmo resultado se o agir privado não estivesse proibido.

O princípio constitucional do direito de acesso ao judiciário é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado Democrático, pois de nada adiantaria o

ordenamento jurídico pátrio determinar padrões de condutas para as eleições, por exemplo, a fim de proporcionar um resultado que reflita a vontade do povo, se não existisse um órgão responsável por fiscalizar e tornar cogentes tais normas jurídicas, em verdade, ter-se-ia um Estado distante do modelo por si mesmo preconizado, demonstrando inequívoca contradição e descrédito perante a comunidade internacional e o seu próprio povo, perdendo sua legitimidade e força política.

Afinal de contas, o próprio princípio da legalidade exige a presença de um órgão legitimado para exercer o controle da observância ou não das leis regulamentadas pelos representantes do povo. Portanto, posiciona-se o Poder Judiciário como o órgão competente para apreciar lesão ou ameaça a direito.

Assim, com intuito de possibilitar o atendimento destas necessidades, é que a Constituição Federal do Brasil de 1988³ consagrou expressamente, em seu texto, o direito fundamental de ação⁴, de acesso ao Poder Judiciário, o qual impõe ao Estado o dever de conferir tutela adequada (equânime, efetiva e célere), de modo a garantir aos cidadãos o direito de deduzir em juízo pretensão quanto à ameaça ou lesão do direito alegado.

Corolário disso, é a função julgadora da Justiça Eleitoral, exatamente no processamento e julgamento das ações eleitorais, conferindo, assim, tutela as pretensões de cunho eleitoral deduzidas em juízo.

Por fim, o poder normativo da Justiça Eleitoral, que será objeto de estudo mais amplo no próximo capítulo, não se limita ao poder geral dos órgãos judiciais de estabelecer suas regras internas, já que é permitido ao Tribunal Superior Eleitoral “expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código” (art. 23, IX, Código Eleitoral). Nesse mesmo sentido, o artigo 105 da Lei 9.504/97 dispõe que “(...) 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 (...)”.

³ “Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁴ Na órbita constitucional brasileira, o direito de acesso amplo a justiça foi expressamente previsto na Constituição Federal de 1.946, a qual determinava que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Com efeito, sem querer esgotar a matéria, passa-se ao estudo da função normativa da Justiça Eleitoral.

3.1 FUNÇÃO NORMATIVA

O Poder Regulamentar da Justiça Eleitoral foi inserto no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 4717, de 15 de julho de 1965, a qual instituiu o Código Eleitoral vigente, pois inexistia no Decreto nº 21.076, Código Eleitoral criado no ano de 1932, referência normativa conferindo essa atribuição a Justiça Eleitoral.

Imperioso destacar que o Código Eleitoral vigente foi promulgado no período da ditadura militar pelo qual passou o Brasil, dos anos de 1964 a 1985. Em decorrência dos pilares axiológicos do Estado de exceção vivido a época, as resoluções tinham efeitos jurídicos distintos dos que possui atualmente, já que serviam de instrumento legitimador do governo militar.

Até mesmo porque, a inexistência de concentração de poder e competências na pessoa do Presidente da República em detrimento dos demais poderes constituídos levaria a ditadura militar ao fracasso, principalmente no tocante às funções de legislar e indicar os membros dos órgãos integrantes da Justiça Brasileira.

Por isso que se pode afirmar que na verdade a Justiça Eleitoral servia de excelente mecanismo para o poder ditador restringir liberdades, direitos políticos e garantias elementares para construção de uma democracia, sendo certo, por outro lado, que a composição dos Tribunais Eleitorais era formada por membros empenhados em manter o regime ditatorial.

Isso implicava em construção de decisões judiciais muitas vezes em desconformidade com o próprio sistema jurídico vigente, assim, mesmo não sendo competência da Justiça Eleitoral legislar, criou-se açodadamente, por meio de seu do Poder Regulamentar (legislativo), diversas Resoluções com força e aparência de Lei.

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a constituição de um novo modelo de Estado, as quais estão intrinsecamente ligadas a concepção do neoconstitucionalismo e a ideia de que a norma fundamental do Estado Democrático de Direito deve a todo tempo ser reverenciada e respeitada, não se pode olvidar que as resoluções perderam ou, ao menos, deveriam ter pedido a força normativa de outrora.

Este paradigma é indispensável para compreensão do alcance do poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que o olhar sobre o tema deve perpassar inicialmente pela Constituição e, somente em seguida, sobre as demais normas legais que tratam acerca do assunto.

Em sendo assim, de bom alvitre esclarecer que a Carta Magna de 1988 não prever expressamente a competência constitucional do Tribunal Superior Eleitoral de legislar. Malgrado isto, a sua atribuição normativa decorre do quanto disposto no art. 1º, parágrafo único, e do art. 23, IX, ambos do Código Eleitoral, bem assim do art. 105 da Lei nº. 9.504/97.

Percebe-se, portanto, que durante a ditadura militar as Resoluções possuíam força de Lei, sendo que com a promulgação da Carta Política de 1988 e a valorização dos direitos democráticos a ordem jurídica estabelecida não comportava mais essa interpretação jurídica.

Esclareça-se, por oportuno, que não se está aqui desmerecendo a relevância das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, ao revés, elas são fundamentais para satisfação dos direitos políticos democráticos, o que se pretende, em verdade, é apenas chamar atenção ao fato de que essas resoluções devem se coadunar com as garantias constitucionais, bem como que o TSE possui limites, inclusive constitucionais, no exercício de sua função normativa, não podendo, destarte, legislar sobre todas as matérias.

Até mesmo porque, como sói dizer José Jairo Gomes (2011, p. 62)

Reconhece-se, todavia, que as resoluções do TSE são importantes para a operacionalização do Direito Eleitoral, sobretudo das eleições, porquanto consolidam a copiosa e difusa legislação em vigor. Com isso, proporciona-se mais segurança e transparência na atuação dos operadores desse importante ramo do direito.

Com efeito, a função normativa do TSE é de suma importância para o sistema jurídico, devendo-se, contudo, respeitar alguns limites.

3.1.1 Resoluções do TSE

O Congresso Nacional, exercendo a atribuição privativa de legislar acerca do Direito Eleitoral, conforme o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, frequentemente deixa margem de complementaridade ao Tribunal Superior Eleitoral, tendo este que, por meio de suas resoluções, complementar a legislação omissa.

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral se constituem em atos regulamentares da legislação eleitoral. Ou seja, se destinam a complementar a norma eleitoral.

Ressalte-se, que as resoluções não podem criar, modificar, extinguir direitos ou instituir obrigações, bem como contrariar a legislação que visa apenas complementar, sob pena de desvirtuamento da utilização desse mecanismo, o que, em muitas oportunidades, acaba por acontecer.

Como se disse, o supedâneo jurídico das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral se adstringe aos artigos 23, incisos IX e XII, do Código Eleitoral Brasileiro e 105, da Lei nº 9.504/97, demonstrando, com isso, a sua mera finalidade de integrar e complementar a norma eleitoral.

Para que fique suficientemente claro, cumpre transcrever, respectivamente, os mencionados dispositivos legais:

Artigo 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

(...)

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

(...)

XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político;

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

Com efeito, as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral tem por escopo complementar à legislação eleitoral, porém jamais em desconformidade com a

Lei, eis que vige no ordenamento jurídico o princípio da legalidade, conforme se depreende do art. 5º, II, da Carta Magna.

Assim, as resoluções do TSE, além de dever respeito à carga axiológica da Constituição Federal, devem ser compatíveis com a legislação infraconstitucional que visa complementar, primeiro pela supremacia da Carta Política e segundo porque impera no sistema jurídico o princípio da legalidade (GOMES, 2011, p. 61-62).

Posto isto, passa-se a análise do objeto do presente texto.

4 INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL PARA CRIAR CAUSAS DE INELEGIBILIDADES

No início desse trabalho, buscou-se demonstrar a supremacia do texto constitucional e a sua importância para efetivação da democracia participativa, passo a frente, em sintonia, foi exposto em linhas gerais como se desdobra o poder normativo do TSE, em especial o alcance e os limites das suas resoluções.

Chegou-se, então, o momento de resolver o problema sugerido, qual seja: tem o TSE competência legal ou constitucional para criar hipóteses de inelegibilidades?

Essa indagação possui extrema relevância social, política e jurídica, já que reiteradamente o TSE transbordando a sua competência tem editado resoluções que acabam por criar causas de inelegibilidades, ou seja, através do seu poder normativo o TSE está limitando a capacidade eleitoral passiva de diversos cidadãos.

Recentemente a Instrução nº 1542-64/DF publicada em 01.03.2012 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que interpretando o § 7º do art. 11 da Lei nº 9.504/1997, introduzido pela Lei nº 12.034/2009, estabeleceu às consequências da desaprovação das contas de campanha de candidato, qual seja a impossibilidade de obter a certidão de quitação eleitoral, criando, assim, mais uma hipótese de inelegibilidade.

No tocante a matéria, modificando o antigo posicionamento firmado no REspe 4423-63 – no sentido de que para emissão da certidão de quitação eleitoral era necessário tão somente a apresentação das contas da campanha - o TSE ponderou que a quitação eleitoral relaciona-se diretamente com a autenticidade e a lisura do processo eleitoral, pelo que não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que não teve suas contas aprovadas, bem assim não se pode atribuir a mesma consequência jurídica para o candidato que teve suas contas aprovadas e para o candidato que teve suas contas rejeitadas, eis que isso retiraria a razão de existir da prestação de contas, tornando-a uma mera formalidade.

Não obstante, após o pedido de reconsideração apresentado pelo PT e depois assinado por outros 13 partidos: PMDB, PSDB, DEM, PTB, PR, PSB, PP, PSD, PRTB, PV, PCdoB, PRP e PPS, o Tribunal Superior Eleitoral no dia 28.07.2012 reconsiderou o entendimento anteriormente fixado na Instrução nº 1542-64/DF, na medida em que permitiu àqueles que tiveram suas contas de campanha rejeitadas em outras eleições obterem certidão de quitação eleitoral, que é um documento indispensável para o registro de candidatura.

Além disso, o plenário da Câmara dos Deputados, por maioria, a exceção dos Deputados do PSOL, aprovou no dia 22.05.2012 o Projeto de Lei 3839/12, que hoje se encontra em tramitação do Senado Federal. Segundo esse projeto, a decisão que desaprovar as contas sujeitará o candidato unicamente ao pagamento de multa no valor equivalente ao das irregularidades detectadas, acrescida de 10% (dez por cento), que será revertida para o ao Fundo Partidário. Assim, segundo o projeto citado, quem tiver suas contas de campanha rejeitadas poderá obter sua certidão de quitação eleitoral, estando, portanto, elegível para os pleitos eleitorais vindouros.

A ilustração da referida resolução, bem assim a análise dos seus contornos, serve não só para uma reflexão sobre as consequências para a rejeição de contas de campanha, mas também para perceber que o Tribunal Superior Eleitoral tem criado hipóteses de inelegibilidades através de suas resoluções.

É preciso, antes de tudo, valendo-se das lições de José Afonso da Silva (2008, p. 119) ter em mente que a democracia “repousa sobre dois princípios fundamentais, ou primários, que lhe são a essência conceitual: a) o da

soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular”.

Trocando em miúdos, em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, em que pese não se limite a apenas isso, a essência dos direitos políticos consubstancia-se no direito de votar e de ser votado. Sendo assim, impende notabilizar o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e o direito de receber votos (capacidade eleitoral passiva).

A respeito do tema, cumpre observar a doutrina de Augusto Aras (2006, p.88):

Os direitos políticos positivos têm no sufrágio e no voto o seu núcleo principal, podendo ser definido como o conjunto de direitos que disciplinam a atuação da soberania popular, estabelecendo a forma com que os cidadãos interferem na formação e atuação do governo, participando do processo político e dos órgãos governamentais.

Nas palavras de Rodrigo López Zilio (2010, p. 98) “a capacidade eleitoral ativa é o direito conferido ao cidadão de manifestar sua vontade através do voto, optando, assim, pelos representantes de sua preferência”.

De outro modo, a capacidade eleitoral passiva consiste no direito dos cidadãos de receber votos, ou seja, desde que preenchidos os requisitos constitucionais e legais, é o direito que toda pessoa tem de concorrer a um cargo eletivo (COSTA, 2008, p. 62).

No entanto, para que o cidadão seja considerado elegível não basta existir enquanto ser humano, é preciso, além de atender as condições de elegibilidade, não incidir em algumas das hipóteses de inelegibilidades.

Infere-se que a inelegibilidade restringe a capacidade eleitoral passiva do cidadão, vale dizer, o impede de receber votos e concorrer a cargos eletivos, limitando, assim, seus direitos políticos e sua cidadania.

Por isso, a inelegibilidade deve ser a exceção e não a regra, não sendo crível que a ordem jurídica estabeleça elevados óbices para o acesso aos cargos eletivos. Por óbvio, que a moralidade, a lisura, a autenticidade e a ética devem pautar o processo eleitoral e a administração pública, não sendo, no mínimo,

indicado conferir funções do Poder Legislativo e Executivo a pessoas que não são dotadas de um mínimo de caráter e retidão que se espera de um ser humano.

Pois bem. As causas de inelegibilidade encontram-se tanto no texto constitucional quanto na Lei Complementar atinente a matéria (LC 64/1990 e suas alterações).

Em verdade, a Constituição Federal de 1988 é clara ao estabelecer que as hipóteses de inelegibilidades estão fixadas no próprio corpo do seu texto ou, ainda, na Lei Complementar que estabelecer outras causas de inelegibilidades.

Portanto, somente alterando-se a Carta Magna ou por meio de Lei Complementar é possível criar outras hipóteses de inelegibilidades, na medida em que a capacidade eleitoral passiva é um direito constitucional, não sendo razoável limitar esse direito por meio de lei ordinária comum e, muito menos, através das resoluções do Tribunal Superior Eleitoral.

O entendimento adotado decorre de uma simples leitura do art. 14, § 9º, da Carta Política de 1988, cuja transcrição se impõe *in verbis*:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Como se vê, o mencionado dispositivo constitucional autoriza apenas a criação de outras causas de inelegibilidades por meio de Lei Complementar ou, obviamente, se houver alteração do próprio texto da Constituição.

Com isso, bem assim considerando que as resoluções no atual sistema jurídico devem somente complementar as normas eleitorais, resta mais do que evidente que o Tribunal Superior Eleitoral não pode criar causas de inelegibilidades através de suas resoluções, como, aliás, ocorreu recentemente com àqueles que tiveram suas contas de campanha rejeitadas, sendo que nesse caso específico em virtude de uma reconsideração do próprio TSE não houve prejuízo para nenhum cidadão.

Não se pode perder de vista, portanto, que essa atribuição legislativa do TSE, em especial por criar indevidamente hipóteses de inelegibilidades e, por conseguinte, restringir direitos políticos, deve ser questionada pelos legitimados perante os órgãos do Poder Judiciário, sobretudo em sede de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal.

Até porque, não custa repisar, que as diretrizes constitucionais são supremas no Estado Democrático de Direito, ao passo que se o texto constitucional dispõe que somente por meio de Lei Complementar é possível criar hipóteses de inelegibilidades, não razoável que o Tribunal Superior Eleitoral, nitidamente extrapolando a sua função normativa, legisle no mundo jurídico para criar causas de inelegibilidades.

Por mais bem intencionados que os membros da Corte Superior estejam, existe uma vedação constitucional nesse sentido, não podendo, a pretexto de uma suposta moralidade e eticidade, desvirtuar o alcance da norma e permitir que o TSE edite resoluções que, em muitos casos, parecem que tem mais força do que a Constituição.

Não, efetivamente não! Esse não é o espírito do Estado Democrático de Direito, ao contrário, nesse a Constituição é suprema. Até porque, essa deve ser observada como fundamento e validade de todo o ordenamento jurídico. A noção de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da Constituição, constitui elemento indispensável para segurança nas relações sociais, na medida em que assegura a supremacia da Carta Política e das garantias fundamentais, salvaguardando os cidadãos contra arbítrio estatal ou político.

O estudo dos institutos jurídicos deve, antes de tudo, perpassar por uma análise dos princípios constitucionais que lhe são correlatos. O direito eleitoral, neste sentido, evolui, porque expande seus campos de atuação, pois, de um lado, proporciona mecanismos eficazes para salvaguardar a transparência das eleições, de outro, assegura aos cidadãos a certeza de que estão participando, seja como candidato ou como eleitor, de um prélio eleitoral sem influências externas.

Por tudo isso, forçoso concluir que o Tribunal Superior Eleitoral não possui competência constitucional ou legal para criar hipóteses de inelegibilidades através de suas resoluções, seja porque as resoluções apenas servem para complementar e não criar normas eleitorais, seja porque o Poder Constituinte não conferiu essa atribuição a ele, o que, decerto, deve ser respeitado.

5 CONCLUSÕES

Na trilha percorrida, fincaram-se diversas premissas sobre a incidência das normas constitucionais nos ramos fragmentados do direito e as funções do Tribunal Superior Eleitoral, em sede de conclusão se faz necessário, coerentemente, enunciar uma resposta final ao tema-problema posto. Com isso, pode-se concluir que:

A real dimensão do direito eleitoral depende, necessariamente, da compreensão histórica-estrutural da norma fundamental do Estado, uma vez que não se pode construir uma dogmática eleitoral dissociada dos desígnios impostos pela Constituição Federal.

Há cada vez mais a necessidade de entrelaçar os institutos do direito eleitoral com a Carta Magna, tendo em vista o processo de constitucionalização de todos os ramos do direito. Em outras palavras, não é suficiente para a Democracia apenas a Constituição prever determinadas garantias, é imprescindível que o legislador, tribunais, advogados, enfim, atores do mundo jurídico, sejam militantes da Constituição e percebam a fase de efervescência que a mesma vive, pronta para efetivação, criando mecanismos para corporificá-la no âmago da sociedade.

Não se pode olvidar, portanto, que, os princípios constitucionais são dogmas, imperativos a serem plasmados no mundo prático a todo instante, no sentido de que as garantias constitucionais não são sugestões, alusões ou insinuações dadas àqueles que elaboram e operam as normas infraconstitucionais.

A Justiça Eleitoral se distingue dos demais órgãos do Poder Judiciário por possuir características próprias, principalmente porque as suas atividades não

se restringe a prestação jurisdicional (função julgadora), já que possui elevada atribuição administrativa, consultiva e normativa (legislativa).

As resoluções do Tribunal Superior Eleitoral se constituem em atos regulamentares da legislação eleitoral. Ou seja, se destinam a complementar a norma eleitoral. Ressalte-se, que as resoluções não podem criar, modificar, extinguir direitos ou instituir obrigações, bem como contrariar a legislação que visa apenas complementar, sob pena de desvirtuamento da utilização desse mecanismo, o que, em muitas oportunidades, acaba por acontecer.

De acordo com o art. 14, § 9º, da Carta Política de 1988, o Tribunal Superior Eleitoral não possui competência constitucional ou legal para criar hipóteses de inelegibilidades através de suas resoluções, seja porque as resoluções apenas servem para complementar e não criar normas eleitorais, seja porque o Poder Constituinte não conferiu essa atribuição a ele, o que, decerto, deve ser respeitado

Por fim, conclui-se que há um transbordamento de competência do Tribunal Superior Eleitoral quando da criação de causas de inelegibilidades por meio de seu poder normativo (regulamentador), cumprindo, pois, aos demais órgãos do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, limitar e controlar eventuais abusos.

REFERÊNCIAS

ARAS, Augusto. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Edição. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CAMPOS, Bidart. **La interpretación y el control constitucionales em la jurisdicción constitucional**. Bueno Aires: Editar, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ELEIÇÕES 2012. **Dúvidas, Normas Eleitorais e Partidárias**. Salvador: Instituto Municipal de Administração Pública, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FORSTHOFF, Ernest; ABENDROTH, Wolfgang; DOEHRING, Karl. **O Estado Social**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6. Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 4. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Estudios de teoría constitucional**. México: Fontamara; 2003, p. 153.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Fundamentação tridimensional da sentença**. Cartilha Jurídica n. 65. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1. Região, maio, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **Do Formalismo no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

ROBERT, Alexy. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta; 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2003.

ZILIO, Rodrigo. **Direito eleitoral: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, proceso eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.